

**Die Abänderung
von Ehescheidungsurteilen
nach Art. 153 ZGB.**

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG
DER DOKTORWURDE DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT BERN

EINGEREICHT VON
RUDOLF WASCH
DAVOS

DAVOS 1950

BUCHDRUCKEREI DAVOS AG. DAVOS-PLATZ

**Die Abänderung
von Ehescheidungsurteilen
nach Art. 153 ZGB.**

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG
DER DOKTORWURDE DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT BERN

EINGEREICHT VON
RUDOLF WÄSCH
DAVOS

DAVOS 1950

BUCHDRUCKEREI DAVOS AG. DAVOS-PLATZ

Die juristische Fakultät der Universität Bern hat diese Arbeit am 19. Dezember 1948 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Theo Guhl als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu nehmen.



Inhaltsverzeichnis

1. Teil:	Die Regelung der Nebenfolgen bei der Ehescheidung im Sinne von Art. 151 und 152 ZGB	
	1. Kapitel: Das Verfahren.	
	I. Allgemeines	6
	II. Der Gerichtsstand	7
	III. Das Vorgehen des Richters gemäß Art. 151 ZGB	8
	1. Sinn und Zweck von Art. 158 ZGB	8
	2. Die materielle Wahrheit	9
	IV. Officialmaxime und Nebenfolgen	13
	2. Kapitel: Die Funktion der Scheidungskonvention.	
	I. Allgemeines	14
	II. Wesen und Bedeutung der Scheidungskonvention	14
	III. Die Anfechtung der Scheidungskonvention	16
	IV. Die richterliche Genehmigung	18
	V. Welche Konventionen unterliegen der richterlichen Genehmigung?	19
	1. Konventionen, welche vor dem Urteil geschlossen werden	19
	2. Nachträgliche Konventionen	20
	3. Die nachträgliche Genehmigung	21
	VI. Die Beziehung der Scheidungskonvention zu Art. 153 ZGB	24
	3. Kapitel: Die materielle Regelung.	
	I. Allgemeines	25
	II. Die Wirkung des Schuldmomentes	26
	III. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens	26
	IV. Die Entschädigung gemäß Art. 151, Abs. 1.	28
	1. Vermögensrechte und Anwartschaften	28
	2. Die Form der Entschädigung.	28
	a) Die Kapitalsumme	28
	b) Die Rente	29
	V. Der Genugtuungsanspruch nach Art. 151, Abs. 2	29
	VI. Der Unterhaltsanspruch nach Art. 152	30
2. Teil:	Die Anwendung von Art. 153 ZGB.	
	1. Kapitel: Die verfahrensmäßige Grundlage.	
	I. Allgemeines	34
	II. Der Gerichtsstand des Abänderungsverfahrens.	34
	1. Die örtliche Zuständigkeit im internen Recht.	34
	2. Die örtliche Zuständigkeit im internationalen Privatrecht	38
	III. Die Abänderung von Ehescheidungsurteilen in ihrer Beziehung zur Rechtskraft des Urteils	41
	1. Die Clausula rebus sic stantibus	42
	2. Die Rechtskraft des Urteils	43
	3. Der Einfluß der Abänderungsklage auf die Rechtskraft des Urteils	44

2. Kapitel:	Die Abänderung gemäß Art. 153, Abs. 1, ZGB	
I.	Der Einfluß der Wiederverheiratung und des Todes auf sämtliche Rentenarten.	
1.	Bei Wiederverheiratung des Berechtigten	45
2.	Bei Wiederverheiratung des Pflichtigen	46
3.	Beim Tod des Berechtigten	46
4.	Beim Tod des Pflichtigen	47
II.	Der Einfluß der Wiederverheiratung und des Todes auf die Kapitalabfindung	48
3. Kapitel:	Die Abänderung gemäß Art. 153, Abs. 2, ZGB	
I.	Allgemeines	49
II.	Die Voraussetzungen der Abänderung.	
1.	Die Anhebung der Klage	50
2.	Die veränderten Verhältnisse	50
III.	Die Neuregelung durch den Richter	54
1.	Die Aufhebung der Rente	55
2.	Die Herabsetzung der Rente	55
3.	Ist eine Erhöhung der Rente möglich?	56
4.	Die Wirkungen des Abänderungsurteils	58
3. Teil:	Besondere Schwierigkeiten, welche im Abänderungsverfahren entstehen können.	
I.	Das unklare Urteilsdispositiv	62
II.	Kann eine Rente gemäß Art. 151 ZGB herabsetzbar sein?	
1.	Die Auslegung von Art. 153, Abs. 2, ZGB	65
2.	Die Stellungnahme des Bundesgerichts	68
3.	Die eigene Stellungnahme	72
III.	Die Auslegung des unklaren Urteilsdispositivs und der nicht genehmigten Vereinbarung	77
IV.	Vorgehen gegen diese Schwierigkeiten	78
1.	Die Festsetzung der Ansprüche gemäß Art. 151 und 152 ZGB	79
2.	Der Rektifikationsvorbehalt im besonderen	80
Literaturverzeichnis		82

1. Teil

Die Regelung der Nebenfolgen bei der Ehescheidung im Sinne von Art. 151 und 152 ZGB

1. KAPITEL

Das Verfahren

I. Allgemeines

Nicht immer erfüllt eine Ehe ihre Bestimmung. Das eheliche Band wird oft unheilbar zerrissen. So kann die höchste Form der Gemeinschaft, als welche die Ehe vom schweiz. Gesetzgeber aufgefaßt wird, für die Gatten zu einem Verhältnis der Qual werden. Wie nun in Art. 54 BV und in Art. 117 ZGB das Recht der Ehe garantiert ist, so haben die Ehegatten auch ein Recht, diese eingegangene Ehe wieder aufzulösen. Doch nicht in unbeschränkter Weise. Dem Einzelinteresse der Ehegatten steht hier das Interesse des Staates gegenüber. Ihm gebietet die Aufgabe der Selbsterhaltung, für die Leistungsfähigkeit kommender Generationen zu sorgen. Und für eine gesunde Nachkommenschaft steht ihm vor allem eine gesunde Ehe ein. Sie ist die Grundlage der Familie und damit auch die Basis des Staates. Am Bestand einer einmal eingegangenen Ehe ist der Staat daher in ganz besonderer Weise interessiert. Es ist seine höchste Pflicht, dieses wertvolle Institut gegen alle unsittlichen Angriffe zu schützen. — Das Recht zur Scheidung wird dem schweiz. Staatsbürger nicht vorenthalten; denn an einer wirklich kranken Ehe ist auch der Staat nicht interessiert; aber es werden ganz bestimmte Scheidungsgründe verlangt. Wohl nennt man die Ehe einen Vertrag, doch seine Auflösung ist, im Gegensatz zu andern privaten Rechtsverhältnissen, der freien Disposition der Parteien entzogen.

Die enge Verbundenheit des öffentlichen Interesses mit der Ehe, sowie der Wille und die Pflicht des Staates, sie zu schützen, haben den schweiz. Gesetzgeber veranlaßt, nicht nur materiell-rechtliche Vorschriften über die Ehescheidung aufzustellen, sondern auch das Ehescheidungs-Verfahren zu ordnen. In der Schweiz sind zwar auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes grundsätzlich die Kantone zuständig¹. Trotzdem kann man bei diesem bundesrechtlichen Eingriff in das Prozeßrecht nicht von einer Verfassungswidrigkeit sprechen². Denn mehr als bei andern zivilen Streitigkeiten ist das Ergebnis bei der Ehescheidung vom Verfahren abhängig. Um dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden, eine einheitliche Anwendung seiner materiell-rechtlichen Anordnungen zu erreichen, war eine Aufnahme einzelner prozessualer Bestimmungen ins ZGB notwendig und damit berechtigt. Nach einem Votum Eugen Hubers im Nationalrat kann erst durch diese Verfahrensvorschriften „die richtige Wirkung der materiellen Rechtsordnung erwartet werden“³. Es mußte verhindert werden, daß der Zweck, welcher den materiellen Vorschriften über die Ehescheidung zu Grunde liegt, durch die verschiedenen kantonalen Prozeßnormen gefährdet wird. Nur auf diese Weise kann gegen den Mißbrauch des Ehescheidungsinstitutes, sowie gegen die allzu leichtfertige Prozeßführung vieler Gerichte gekämpft werden.

In den ersten drei Kapiteln dieser Arbeit soll nun die verfahrensmäßige und materielle Regelung der Nebenfolgen bei der Ehescheidung beleuchtet werden. Diese Kapitel sind

¹ Vgl. Art. 64 BV.

² Gmür, Art. 158, Note 2.

³ Sten. Bull. XV, 647.

deswegen berechtigt, weil die im Scheidungsurteil festgesetzten Verhältnisse den Gegenstand der Abänderung bilden. Es ist daher von großer Bedeutung, zu wissen, wie und aus welchen Gründen der Richter zu seinen Ergebnissen gekommen ist. Wie im weiteren Verlauf der Arbeit zu ersehen ist, stellt gerade die Ermittlung dieser Gründe dem Richter bei der Abänderung die meisten Schwierigkeiten. — Ferner erstrecken sich die Richtlinien, welche der eidgenössische Gesetzgeber dem Scheidungsverfahren zu Grunde gelegt hat, teilweise bis ins Abänderungsverfahren. Auch sollen nur jene Punkte des Scheidungsverfahrens berücksichtigt werden, welche die Hauptfragen dieser Arbeit berühren⁴.

II. Der Gerichtsstand

1. Unter Gerichtsstand versteht man die örtliche Zuständigkeit, d. h. die Verteilung der Rechtsstreitigkeiten erster Instanz unter die gleichartigen Gerichte verschiedener Bezirke⁵. In der Regel ist das örtlich zuständige Gericht dasjenige am Wohnsitz der beklagten Partei. Im Scheidungsverfahren haben wir jedoch gemäß Art. 144 ZGB einen Ausnahmegerichtsstand: Für die Klage ist der Richter am Wohnsitz des klagenden Ehegatten zuständig.

Der Bundesgesetzgeber hat also schon bei der Bestimmung des Gerichtsstandes abweichend von den gewöhnlichen Regeln des Zivilprozesses eingegriffen. Die Bestimmungen über den Ehescheidungsgerichtsstand sind zwingender Natur, und Gerichtsstandsprorogationen seitens der Parteien sind nicht möglich. Das angegangene Gericht hat seine Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen⁶. Zudem wird im Hauptprozeß die Frage der Zuständigkeit in selbständiger Weise erwogen, selbst wenn sie schon einmal im Vorverfahren bezüglich des Erlasses von vorsorglichen Maßnahmen geprüft wurde⁷.

Im übrigen kommt die Bestimmung des Gerichtsstandes der Abklärung der Wohnsitzfrage gleich. Nach Art. 23 ZGB befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Die Betonung liegt auf der Absicht des dauernden Verbleibens, erst dadurch wird der Ort des faktischen Verweilens zum zentralen Ort der Lebensinteressen, zum Wohnsitz⁸.

2. Art. 144 ZGB enthält einen Schutzgedanken, mit welchem der Gesetzgeber vor allem der Ehefrau helfen will. Sie kann an ihrem eigenen Domizil klagen, der Mann kann ihr die Rechtsverfolgung nicht durch die Verlegung seines Wohnsitzes, vielleicht sogar ins Ausland, erschweren⁹. Auf der andern Seite sind auch der Frau Schranken gesetzt, um zu verhüten, daß sie ein beliebiges Scheidungsforum wählen kann und damit ein Gericht, das für leichtes Scheiden bekannt ist. Einmal darf sie nicht in beliebiger Weise ihren Gatten verlassen, sondern zum Getrenntleben ist eine Berechtigung erforderlich. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft muß sich rechtfertigen nach den Voraussetzungen,

⁴ Vgl. zum Scheidungsverfahren auch die Arbeiten von: Strebel (in Ferienkurs Uni, Zürich), Pruppacher, Gisi, Baur.

⁵ Stein, Bd. 1, S. 54.

⁶ Vgl. ZBJV 52, S. 288.

⁷ Es ist nämlich jeder angegangene Richter zum Erlaß von vorsorglichen Maßnahmen berechtigt, es sei denn, seine örtliche Unzuständigkeit ergebe sich ohne weiteres aus den dem Gericht bekannten rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen. Es handelt sich hier eben um ein rasches und summarisches Verfahren, wobei die oft lang dauernde Abklärung der Zuständigkeit nicht abgewartet werden kann. Vgl. auch ZBJV 74, S. 125.

⁸ Vgl. BGE 32 I 80, 42 II 95.

⁹ Egger, Art. 144, N.

die in den Art. 169 und 170 ZGB aufgeführt sind. Es genügt zwar schon, daß das Getrenntleben objektiv als begründet erscheint, die Prüfung ist vorerst nur eine summarische¹⁰. Erst der Scheidungsrichter prüft dann, ob die Berechtigung auch wirklich besteht¹¹. Zur Trennung an und für sich bedarf die Ehefrau aber nicht unbedingt einer richterlichen Bewilligung¹². Maßgebend ist eben nur das Vorhandensein von genügenden Gründen, welche zum Getrenntleben berechtigen, wobei z. B. das Einverständnis des Ehemannes nicht als ein solcher Grund gewertet werden kann¹³.

Doch selbst die Berechtigung zum Getrenntleben genügt noch nicht zur Begründung eines eigenen Scheidungsgerichtsstandes durch die Ehefrau. Hiezu ist vielmehr nach Art. 23 ZGB auch in diesem Fall erforderlich, daß die Ehefrau den neuen Aufenthaltsort mit der Absicht des dauernden Verbleibens bezieht. Nur momentane Arbeitsstellen oder der Aufenthalt im elterlichen Hause zwecks Durchführung der Scheidung können dieses Erfordernis nicht erfüllen. In einem solchen Falle behält die Ehefrau trotz der Berechtigung zum Getrenntleben den Wohnsitz ihres Gatten und hat die Scheidungsklage dort einzureichen¹⁴. Hat aber jeder Ehegatte zu Recht seinen eigenen Wohnsitz, so ist das Gericht am Wohnsitz desjenigen Gatten zuständig, welcher die Klage zuerst rechtshängig gemacht hat¹⁵.

III. Das Vorgehen des Richters gemäß Art. 158 ZGB

1. Sinn und Zweck von Art. 158 ZGB

Wie schon erwähnt, stehen sich bei der Ehescheidung zwei Interessengruppen gegenüber: das Einzelinteresse und das Gesamtinteresse. Letzteres verlangt, daß die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft nicht der Willkür der Parteien überlassen werden soll. Der eidg. Gesetzgeber war selbst für eine einheitliche Lösung dieses heiklen Problems besorgt, indem er den Art. 158 ZGB als Grundlage für den Aufbau der verschiedenen kantonalen Prozeßordnungen hinsichtlich des Scheidungsverfahrens erließ. Die Bestimmungen dieses Artikels bedeuten eine Einschränkung der sonst im Zivilprozeß herrschenden Verhandlungsmaxime zu Gunsten der Officialmaxime, welche das öffentliche Interesse bei der Ehescheidung wahrt. Art. 158 ZGB will eine ernste Handhabung des materiellen Scheidungsrechtes erreichen, er will vorbeugen gegen unbegrenzte Anwendung der Verhand-

¹⁰ Egger, Art. 144, N. , Weiss, Nr. 1119.

¹¹ BGE 54 I 115.

¹² BGE 41 I 105, 455. — Stauffer, S. 19.—

Die Zuständigkeitsfrage kann zu langwierigen Untersuchungen führen. Zudem ist sie sogar noch nachträglich mittels der Appellation und der Berufung bis ans Bundesgericht weiterziehbar. (Vgl. SJZ 34, S. 301.) So ist es möglich, daß eine Klage noch am Schlusse des Verfahrens zurückgewiesen wird infolge Unzuständigkeit des Gerichtes, falls der Ehemann die Berechtigung der Ehefrau zum Getrenntleben mit Erfolg bestreitet. Dieses Risiko kann vermieden werden, wenn die Ehefrau in jedem Fall die Bewilligung des Richters einholt. Es ist dies eine kleine Mühe, welche sich später vielfach lohnen kann.

Strebel ist überhaupt der Ansicht, daß die Bestimmung des Gerichtsstandes nach Art. 144 ZGB eine unglückliche Anordnung ist. Er glaubt, daß der Gerichtsstand des „letzten tatsächlichen gemeinsamen Wohnsitzes“ eher befriedigen würde. Vgl. Strebel, Ferienkurs S. 27.

¹³ Nach BGE 41 I 105 sind die Gesetzesbestimmungen, welche das häusliche Zusammenleben betreffen, in höhern, sittlichen Rücksichten begründet. Sie sind daher zwingendes Recht und können durch einen Vertrag nicht außer Kraft gesetzt werden. — Vgl. auch ZBJV 53, S. 568.

¹⁴ BGE 42 I 140. — B1ZR 13, S. 79.

¹⁵ B1ZR 32, S. 69. — Für international-privatrechtliche Bestimmungen des Scheidungsgerichtsstandes siehe Stauffer S. 94 ff.

lungsmaxime, in dem er das Dispositionsrecht der Parteien mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse einschränkt¹⁶. Vor allem sollen solche Ehescheidungen verhindert werden, wo scheidungslustige Ehegatten dem Richter eine erdichtete Komödie vorspielen¹⁷.

2. Die materielle Wahrheit

1. Art. 158, Ziff. 1, lautet: Der Richter darf Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Scheidung oder Trennung dienen, nur dann als erwiesen annehmen, wenn er sich von deren Vorhandensein überzeugt hat.

Diese materielle Wahrheit ist letztlich das erstrebte Ziel, welches durch Art. 158 ZGB erreicht werden soll. Nach Matti bedeutet die Erforschung der materiellen Wahrheit, daß der Prozeßtatbestand durch den Richter mit allen objektiv zur Verfügung stehenden Beweis- und Forschungsmitteln in einer dem historischen Geschehen möglichst nahe-kommenden Weise ermittelt wird¹⁸. Sie ist als Prozeßzweck nur in einem Officialverfahren denkbar¹⁹. — Im Scheidungsverfahren ist es nun allerdings nicht so, daß nur die Officialmaxime herrschen würde, vielmehr wird die materielle Wahrheit auf Grund eines Zusammenspiels der beiden Maximen erforscht. Aber nur auf diese Wahrheit darf der Richter seine Ueberzeugung stützen, daß wirklich ein Scheidungsgrund vorhanden ist. Der Richter sieht sich hier einer besonders schwierigen und verantwortungsvollen Aufgabe gegenüber. Die Ermittlung der Tatsachen hängt oft nur von seinen psychologischen Fähigkeiten ab. Mit den Mitteln des gewöhnlichen Zivilprozesses wäre der Richter vor eine unlösbare Aufgabe gestellt. Nur große Freiheit in der Erforschung der Tatsachen kann ihm den wahren Tatbestand enthüllen und Gewähr für eine gerechte Würdigung bieten. Erst dann soll der Richter die Ehe auflösen, wenn er überzeugt ist, daß die Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft den Ehegatten nicht mehr zumutbar ist. So lange hieran irgend ein ernstlicher Zweifel besteht, darf er die Scheidung nicht aussprechen. In diesen Fällen hat er gemäß dem Grundsatz „in dubio in favorem matrimonii“ zu entscheiden²⁰.

2. Der Zivilprozeß hat die Aufgabe, streitige Zivilrechtsverhältnisse zu entscheiden. Hiefür sind staatliche Organe bestellt, die aber nicht von Amtes wegen eingreifen, sondern erst, wenn sie durch den Privaten zu seinem Schutze angerufen werden. Gemäß der Verhandlungsmaxime ist auch der weitere Verlauf des Prozesses zum großen Teil der Willkür der Parteien unterstellt. Der Richter ist an das gebunden, was diese vortragen. Er hat lediglich zu prüfen, ob die angeführten Tatsachen den Anspruch des Klägers begründen können. Alles ist also von den „Verhandlungen“ der Parteien abhängig. Der Richter darf nicht über die Parteianträge hinausgehen, d. h. er darf einer Partei nicht mehr und nicht anderes zusprechen, als sie verlangt hat, aber auch nicht weniger, als die Gegenpartei anerkennt²¹.

3. Anders bei der Officialmaxime. Hier geschieht alles von Amtes wegen, sobald die Klage rechtshängig gemacht worden ist. Der Richter beherrscht den Prozeß vollkommen,

¹⁶ Vgl. Schurter und Fritzsche, S. 480.

¹⁷ Gmür, Art. 158, Note 3.

¹⁸ Matti, S. 1073.

¹⁹ Im Gegensatz dazu haben wir die formelle Wahrheit, welche im gewöhnlichen, von der Verhandlungsmaxime beherrschten Zivilprozeß entsteht. Hier verlangt das Gesetz nur für die bestrittenen Tatsachen Beweiserbringung, die unbestrittenen werden als wahr angenommen.

²⁰ Strebel, Ferienkurs, S. 28.

²¹ Matti, S. 1073.

er ist nicht an die Begehren der Parteien gebunden. Diese können auch nicht mehr auf ihre Rechte verzichten, wie es beim gewöhnlichen Zivilprozeß der Fall ist. Um die objektive Wahrheit zu erforschen, kann der Richter Tatsachen berücksichtigen, welche von den Parteien nicht erwähnt wurden. — Die Officialmaxime kommt heute aber nur noch im Strafprozeß rein zur Anwendung. Im Zivilprozeß tritt sie nur in Kraft, wo das öffentliche Interesse es gebietet, was vor allem im Familienrecht der Fall ist, und auch da nur teilweise, nämlich bei der Scheidung wie folgt:

4. Die Rechtsbegehren der Parteien werden im Sinne der Verhandlungsmaxime vorgebracht. An ihnen hat der Richter nichts zu rütteln. Die Substanziierung des Scheidungsbegehrens sowie auch das weitere Dispositionsrecht, wie z. B. Klagerückzug, ist subjektives Recht der Ehegatten und untersteht der Verhandlungsmaxime²². Auch im Scheidungsverfahren darf der Richter nicht über das hinausgehen, was von den Parteien verlangt wurde²³. Das öffentliche Interesse, welches in der Officialmaxime zum Ausdruck gelangt, soll nur insofern von Bedeutung sein, als die Ehescheidung nicht der freien Disposition der Parteien unterstehen darf, damit die Auflösung der Ehe nur dann erfolgen kann, wenn tatsächlich wichtige Gründe dafür sprechen. Die Aufgabe der Officialmaxime im Scheidungsprozeß muß sich auf die Abklärung beschränken, ob die angeführten Tatsachen den principaliter oder eventuell angerufenen Scheidungsgrund und damit die Scheidung als solche rechtfertigen können.

Der Richter ist also an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden. Das bedeutet, daß diese selbst bestimmen dürfen, aus welchem Grunde die Ehe geschieden werden soll. Der Richter hat dann eben diesen angerufenen Scheidungsgrund auf seine materielle Wahrheit hin zu untersuchen. Er darf die Ehe nicht aus einem andern Grunde scheiden, der vielleicht neben dem angerufenen besteht, aber von den Parteien absichtlich nicht geltend gemacht wurde. Es geschieht nämlich häufig, daß die Parteien ein Interesse daran haben, aus einem bestimmten Scheidungsgrunde die Ehe aufzulösen oder einen speziellen Grund nicht geltend zu machen. Dies ist vor allem denkbar bei Ehebruch und Geisteskrankheit. Es ist sogar zulässig, über die Nichtgeltendmachung von bestimmten Gründen einen Prozeßvergleich abzuschließen²⁴. — Ueber das oben Dargelegte besteht nun in Praxis und Literatur keine Meinungsverschiedenheit. Wohl aber über das Verhältnis der speziellen Scheidungsgründe zum generellen Scheidungsgrund gemäß Art. 142 ZGB. Mehrheitlich — auch die Praxis geht diesen Weg — wird die Auffassung vertreten, daß die speziellen Gründe dem generellen vorgehen. Danach ist bei Vorliegen eines speziellen Grundes die Scheidung aus Art. 142 ZGB ausgeschlossen²⁵. Man will dadurch auch vermeiden, daß die besonders gesetzlichen Scheidungsgründe durch die Berufung auf Art. 142 umgangen werden können²⁶. — Für die Parteien ist das insofern von Bedeutung, als sie nicht mit dem Vorliegen eines speziellen Scheidungsgrundes die tiefe Zerrüttung begründen können, um gestützt auf Art. 142 anstatt auf den speziellen Scheidungsgrund (vor allem Ehebruch) zu scheiden.

Eine andere Ansicht wird unter anderen von Seeger vertreten²⁷. Er sagt, daß sich die Auffassung, nach welcher das Vorliegen eines speziellen Scheidungsgrundes die Scheidung aus dem generellen Grunde ausschließe, aus dem ZGB nicht begründen lasse.

²² Vgl. Gisi, S. 440.

²³ SJZ 14, S. 217. — BGE 51 II 116.

²⁴ Vgl. Egger, Art. 137, N. 8.

²⁵ Egger, Art. 137, N. 4.

²⁶ Egger, Art. 137, N. 5.

²⁷ Vgl. Seeger, S. 171a ff.

Die tiefe Zerrüttung sei der Ausgangspunkt und die Wurzel der Scheidungsgründe des schweiz. Ehescheidungsrechtes. Die besonderen Scheidungsgründe seien nur qualifizierte Fälle, bei denen die tiefe Zerrüttung vermutet werde²⁸. Wenn nun aber schon die tiefe Zerrüttung und die Zerstörung der ehelichen Gesinnung die Voraussetzung jeder Ehescheidungsklage sein soll, sei nicht einzusehen, weshalb dem verletzten Ehegatten versagt sein solle, statt auf einen bestimmten Scheidungsgrund sich auf den allgemeinen des Art. 142 zu berufen, umso eher, als dem angeblich öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Strafwartefrist auch bei der Scheidung aus Art. 142 Genüge geleistet werden könne. Sei die Ehe aber tief zerrüttet, als Folge eines speziellen oder eines andern Grundes, bestehe keine Ursache, den Parteien die freie Verfügung darüber, ob sie aus einem bestimmten oder aus dem allgemeinen Grunde geschieden sein wollen, zu entziehen. Ein öffentliches Interesse bestehe nur daran, daß eine nicht zerrüttete Ehe nicht nach dem freien Willen der Parteien gelöst werde, nicht aber, aus welchem Grunde eine tief zerrüttete Ehe geschieden werde.

Meines Erachtens hat die Ansicht Seegers eine gewisse Berechtigung. Es ist tatsächlich oft der Fall, daß die Parteien ein besonderes Interesse daran haben, aus Art. 142 geschieden zu werden, um die Scheidung aus einem speziellen Grunde zu vermeiden. Es scheint wirklich unbegreiflich zu sein, weshalb diesem Begehren nicht entsprochen werden sollte, da die Ehe ja durch das Bestehen eines speziellen Scheidungsgrundes offensichtlich zerrüttet ist. So einleuchtend dies sein mag, gerade hier liegt auch der Nachteil dieser Auffassung. Indem es nämlich möglich wäre, beim Vorliegen eines speziellen Scheidungsgrundes auch aus Art. 142 zu scheiden, könnten die speziellen Scheidungsgründe in der Tat ohne weiteres umgangen werden. Eine solche Praxis lag sicherlich nicht im Willen des Gesetzgebers. Es hätte ja sonst nur eines einzigen Artikels für die Scheidung gebraucht, desjenigen der tiefen Zerrüttung. Obwohl die tiefe Zerrüttung die Grundlage des schweiz. Scheidungsrechtes ist, stehen die speziellen Scheidungsgründe im ZGB doch im Vordergrund, während der Art. 142 nur für jene Fälle gedacht ist, bei welchen auch ohne das Vorliegen eines speziellen Grundes den Ehegatten die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann. Ist aber ein spezieller Tatbestand erfüllt, so soll die Ehe auch aus diesem Grunde geschieden werden, er soll nicht dazu dienen, die Voraussetzungen des Art. 142 zu begründen.

Anders liegt natürlich der Fall, wenn neben dem Bestehen eines speziellen Scheidungsgrundes, wie z. B. Ehebruch, noch weitere Tatsachen vorgebracht werden können, welche an sich die tiefe Zerrüttung zu begründen vermögen. Lautet hier das Rechtsbegehren nur auf Scheidung aus Art. 142, so hat der Richter dieses Begehren auf seine materielle Berechtigung hin zu untersuchen. Niemals dürfte er die Ehe wegen Ehebruchs scheiden. Das würde den Grundsatz, daß der Richter einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt hat, verletzen. Dieser Meinung ist auch Baur, indem er erklärt, daß das Fallenlassen eines bestimmten Grundes dem Richter das Recht nehme, die Scheidung aus diesem fallengelassenen Grunde auszusprechen²⁹. Nur wenn der Kläger bei Konkurrenz mehrerer Scheidungsgründe kein Interesse an der Scheidung aus einem bestimmten Grunde bekundet, gehen auch hier die speziellen Gründe dem generellen Grund vor. Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz, daß die *lex specialis* der *lex generalis* vorgeht.

Es würde ohnehin eine unzulässige Erweiterung der *Offizialmaxime* bedeuten, wenn

²⁸ Dieser Ansicht ist auch Egger, vgl. Art. 137, N. 3.

²⁹ Vgl. Baur, S. 82.

der Richter befugt wäre, die Ehe auch aus einem Grunde aufzulösen, der von den Parteien gar nicht geltend gemacht wurde. Die *Offizialmaxime* soll hemmend auf die Scheidung einwirken und zur Folge haben, daß der Richter von Amtes wegen die Pflicht hat, alle vom Kläger vorgebrachten Tatsachen durch ein sorgfältiges Beweisverfahren auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen. Hierzu darf er solche Tatsachen berücksichtigen, die von den Parteien gar nicht erwähnt wurden, sofern sie der Scheidung entgegenstehen³⁰. Alle vorgebrachten Tatsachen, welche die Scheidung begründen sollen, gelten ganz einfach als bestritten³¹. Dabei trägt der Kläger die volle Beweislast. Vom Richter oder Beklagten angeführte Tatsachen kann der Kläger zugestehen oder bestreiten. Im ersten Falle erübrigt sich ein Beweis, sie gelten als wahr. Im zweiten Falle hat auch hier der Kläger seine Bestreitungen zu beweisen. — Wir sehen also, daß nur solche Tatsachen der *Offizialmaxime* unterliegen, welche für die Scheidung sprechen. Die andern unterliegen der *Verhandlungsmaxime*, indem solche Aussagen, welche dem Fortbestand der Ehe dienen, nach der formellen Wahrheit bewertet werden³².

5. Art. 158 enthält ferner einige Vorschriften bezüglich der Beweismittel im Scheidungsprozeß; auch diese Bestimmungen sollen die Ermittlung der materiellen Wahrheit gewährleisten³³.

Gemäß Ziff. 2 sind Eid und Handgelübde als Beweismittel für Tatsachen ausgeschlossen, die einen Scheidungsanspruch begründen können. Sie sind nur für solche Tatsachen zulässig, welche für den Weiterbestand der Ehe sprechen, ferner auch für die Nebenfolgen und für den Zeugenbeweis³⁴.

Nach Ziff. 3 sind Parteierklärungen irgendwelcher Art für den Richter unverbindlich. Der Ausdruck „Parteierklärungen“ kann leicht zu Mißverständnissen führen. Nach Gmür sind darunter lediglich Zugeständnisse zu verstehen, da den Parteien ja ihr Dispositionsrecht nicht genommen wurde und deren Rechtsbegehren schließlich auch Parteierklärungen sind³⁵. Ein solches unverbindliches „Zugeständnis“ wäre z. B. eine Annahmeerklärung zum gegnerischen Scheidungsbegehren.

Gemäß Ziff. 4 steht dem Richter die freie Beweiswürdigung zu. Dieser Grundsatz beherrscht das gesamte Scheidungsverfahren. Er besagt, daß der Richter das im Prozeß gesammelte Beweismaterial, unabhängig von den Vorschriften über die gesetzliche Beweiskraft der Beweismittel, würdigen kann³⁶. Dem Richter ist hier eine sehr weitgehende Entscheidungsfreiheit eingeräumt worden. Das Gesetz steckt ihm in Art. 4 ZGB nur einen sehr allgemeinen Rahmen, indem es ihn anweist, nach Recht und Billigkeit vorzugehen. Gerade im Scheidungsverfahren, wo sich tiefstes menschliches Geschehen offenbart, muß der Menschenkenntnis und dem psychologischen Verständnis des Richters ein weiter Spielraum belassen werden. Nur auf diesem Wege kann er dann im Sinne Eggers einen Gerechtigkeitsentscheid in den Schranken des positiven Rechts treffen³⁷.

³⁰ Solche Tatsachen können sich beziehen auf: Verjährung, Zustimmung, Verzeihung, Zumutbarkeit, Aussicht auf Wiedervereinigung, Gegenbeweis der tiefen Zerrüttung, Verschulden des Klägers. Vgl. ferner Pruppacher, S. 40.

³¹ Egger, Art. 158, N. 4. — Gmür, Art. 158, N. 12.

³² Vgl. Pruppacher, S. 38/39. — Gisi, S. 431. — Fritzsche, 2 Jahre ZGB, S. 45.

³³ Das Fragerecht spielt im Scheidungsverfahren eine hervorragende Rolle. Nur mit ihm kann der Richter an die Parteien herankommen und Licht in das meist dunkle Ehezerwürfnis bringen.

³⁴ Vgl. SJZ 10, S. 156. — Egger, Art. 158, N. 6. — Gmür, Art. 158, N. 17/18.

³⁵ Vgl. Pruppacher, S. 40. — Egger, Art. 158, N. 7. — BGE 52 II 412.

³⁶ Diese Unabhängigkeit bezieht sich nicht auf die Beweislastverteilung. Auch bleibt der Richter den bundesrechtlichen Beweisvorschriften unterstellt, wie etwa Art. 9 und 10 ZGB.

³⁷ Egger, Art. 4 ZGB, N. 11.

IV. **Offizialmaxime und Nebenfolgen**

Man kann zunächst die Frage aufwerfen, ob nach dem ZGB die Nebenfolgen im gleichen Verfahren wie die Scheidung selbst festgesetzt werden sollen oder ob eine Regelung *ad separatum* möglich ist. Art. 49 des Gesetzes betreffend den Zivilstand und die Ehe vom 24. Dezember 1874 ordnete an, daß über die Nebenfolgen im gleichen Verfahren entschieden werden müsse. Weder in den Entwürfen, noch im ZGB selbst wurde eine analoge Bestimmung aufgenommen, auch finden sich in der Praxis Fälle, in welchen die Nebenfolgen nicht im Scheidungsverfahren geregelt wurden. Das läßt vermuten, daß der Gesetzgeber die absolute Unteilbarkeit des Scheidungsprozesses nicht festsetzen wollte.

Es liegt aber im Interesse der Rechtssprechung, daß die Parteien so schnell als möglich über ihre Rechte und Pflichten, welche ihnen aus der Scheidung erwachsen, orientiert werden. Eine Sonderregelung der Nebenfolgen würde hier nur eine unbequeme Verzögerung bedeuten, welche z. B. für einen durch die Eheauflösung in Bedürftigkeit geratenen Ehegatten eine erhöhte Notlage nach sich ziehen könnte. Auf keinen Fall darf das im Scheidungsverfahren gestellte Begehren um Regelung der Nebenfolgen verweigert oder auf einen spätern Zeitpunkt verschoben werden. Eine Regelung *ad separatum* soll im allgemeinen überhaupt nicht vorkommen. Nur dann soll sie möglich sein, wenn wichtige Umstände dafür sprechen und die Interessen keiner Partei beeinträchtigt werden³⁸. Solche wichtige Gründe können z. B. bei der güterrechtlichen Liquidation entstehen, welche oft lange Zeit andauern kann. Oder es mag vorkommen, daß die Regelung der Ansprüche aus den Art. 151—153 vergessen wird. Indem der Gesetzgeber keine diesbezügliche Bestimmung erlassen hat, will er die Möglichkeit für die spätere Beurteilung besonderer Fälle offen lassen. Aber es sollen Ausnahmen sein. Für ihre Regelung ist ebenfalls der Scheidungsrichter zuständig³⁹. Seine Zuständigkeit hat den Vorteil, daß die Nebenfolgen durch einen Richter zu regeln sind, der die ehelichen Verhältnisse schon kennt. Sie zeigt uns aber auch, daß der Gesetzgeber so weit als möglich die Einheit des Scheidungsverfahrens wahren wollte und eine Zweiteilung — auch wenn nur die Nebenfolgen davon betroffen werden — nicht in seinem Sinne lag.

Es ist nun kein Grund vorhanden, auch die vermögensrechtlichen Leistungen, welche sich infolge der Ehescheidung ergeben, unter das Offizialprinzip zu stellen. Das öffentliche Interesse am Scheidungsverfahren besteht nur insoweit, als es um den Weiterbestand oder um die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft geht. Wird diese schließlich doch aufgelöst, so soll es den beiden Parteien überlassen bleiben, ihre persönlichen Verhältnisse zu ordnen. In die Sphäre des Privatlebens will der Staat nicht eingreifen, er hat weder ein Interesse daran noch ein Recht dazu. So greifen hier wieder die allgemeinen Lehren Platz, es darf von den Regeln der Verhandlungsmaxime nicht abgewichen werden.

An gewissen Nebenfolgen besteht allerdings auch ein öffentliches Interesse: Ueber die Kinderzuteilung und die Wartefrist können die Parteien nicht frei verfügen. Der Richter nimmt die Regelung dieser Scheidungsfolgen *ex officio* vor und nicht erst auf Antrag der Ehegatten. Ohne eine solche Regelung ist das Scheidungsurteil unvollständig und hat in einem Nachverfahren ergänzt zu werden. — Die Entschädigungsansprüche gehören dagegen zu den Nebenfolgen, welche zum größten Teil der Parteiwillkür unterstehen. Sie können geltend gemacht werden, man kann aber auch darauf verzichten. Parteierklärungen sind für diese Nebenfolgen verbindlich, während der Grundsatz des freien Ermessens auch hier gegeben ist⁴⁰.

³⁸ Vgl. Stauffer, S. 36 ff. — Brandenberger, S. 75 ff.

³⁹ BGE 44 I 152.

⁴⁰ Vgl. Egger, Art. 158, N. 3; Gmür, Art. 158, N. 20; Pruppacher, S. 40.

2. KAPITEL

Die Funktion der Scheidungskonvention

I. Allgemeines

Die Scheidungskonventionen sind für uns in verschiedener Hinsicht von besonderer Bedeutung. Einmal haben wir zu prüfen, ob ihre Abänderung unter den gleichen Voraussetzungen stattfinden kann wie diejenige eines Urteils, in welchem die vermögensrechtlichen Nebenfolgen durch den Richter allein geregelt wurden. Dann haben wir zu untersuchen, ob es möglich ist, daß solche Konventionen auch ohne richterliche Genehmigung in verbindlicher Weise entstehen und ob sie dann ebenfalls einer Abänderung unterliegen können. Schließlich stellt sich die Frage, wie es um die rechtliche Natur einer abgeänderten Konvention steht, wenn die Abänderung ohne richterliche Mitwirkung erfolgte.

II. Wesen und Bedeutung der Scheidungskonvention

Im allgemeinen werden Scheidungskonventionen vor oder während der Eheauflösung eingegangen. Sie sind eine der wenigen Regelungen, wo der Gesetzgeber im Scheidungsverfahren den Parteien eine gewisse Bestimmungsfreiheit gelassen hat. Er konnte dies tun, da diese Konventionen ja vor allem Gegenstände behandeln, welche keinen Einfluß auf die Scheidung selbst ausüben, sondern nur durch diese bedingt sind als nicht zu umgehende Begleiterscheinungen. Und da es sich hier eben um „Nebenfolgen“ handelt, die vom öffentlichen Interesse nicht allzu stark berührt werden, ist es oft von großem Vorteil, daß die Parteien bei der Regelung der nur für sie so wichtigen Verhältnisse das erste Wort zu sprechen haben. Dies bedeutet zugleich eine große Hilfe für den Richter, welcher dadurch dieser Regelung, einer meist undankbaren und schwierigen Aufgabe, enthoben wird. Er hat dann lediglich die fertige Vereinbarung der Parteien noch einer Prüfung zu unterziehen, auf Grund deren er im Sinne von Art. 158, Ziff. 5, der Konvention seine Zustimmung erteilt oder versagt. Auf diese richterliche Genehmigung wird weiter unten zurückzukommen sein.

Es handelt sich also um eine Vereinbarung oder Uebereinkunft, welche durch die Ehegatten persönlich getroffen wird. Höchstens der Vormund eines Gatten kann als Drittperson noch stellvertretende Partei sein. Wie jedes zweiseitige Rechtsgeschäft kommt diese Vereinbarung gemäß Art. 1 OR durch die übereinstimmende Willenserklärung der Eheleute zustande. Daher ist man auf den ersten Blick geneigt, die Scheidungskonvention als einen privatrechtlichen Vertrag des Familienrechts zu bezeichnen. Ob dies aber auch wirklich zutrifft, ist in der Literatur sehr umstritten und nicht leicht zu entscheiden. Sicherlich wäre es unangebracht, wenn man dieser Konvention den privatrechtlichen Charakter völlig absprechen wollte. Vor allem handelt es sich bestimmt dort um rein privatrechtliche Verträge, wo die Konvention der richterlichen Genehmigung aus irgend einem Grunde entzogen und nach dem Urteil durch die Parteien bestätigt wird, was der Vereinbarung ebenfalls Wirksamkeit verleihen kann.

Die hauptsächlich vertretene Auffassung geht nun dahin, daß der Scheidungskonvention kein privatrechtlicher Charakter zukomme, da sie ja der richterlichen Genehmigung unterliege und Bestandteil des Urteilsdispositivs werde. Dies widerspreche einem rein privatrechtlichen Vertrag, zu dessen Entstehung allein der Wille der Parteien führen könne. Demzufolge sei die Konvention ein gemeinsam vereinbarter Antrag, dem außerhalb des Prozesses keinerlei Bedeutung zukomme und über den der Richter entscheide wie über andere Anträge⁴¹. — Die Anhänger der privatrechtlichen Theorie bestreiten dies. Nach ihrer Ansicht ist die richterliche Genehmigung nur als eine Rechtsbedingung aufzufassen und auch die Aufnahme ins Urteilsdispositiv könne der Konvention die privatrechtliche Natur nicht entziehen. Die Auffassung des gemeinsamen Antrages erscheine gekünstelt⁴².

Meines Erachtens gehen die Vertreter der privatrechtlichen Ansicht zu leichtfertig über die richterliche Genehmigung und die Tatsache hinweg, daß die Konvention ein Bestandteil des Urteilsdispositivs wird. Man kann hier ja auch einwenden, daß die Regelung der Nebenfolgen eigentlich dem Scheidungsrichter obliegt und die Möglichkeit einer Konvention nur ein Entgegenkommen an die Parteien bedeutet. Wohl kommt die Vereinbarung durch den Willen der Ehegatten zustande, letztlich ist es aber der Wille des Richters, welcher, gestützt auf eine objektive Prüfung der Verhältnisse, über die Gültigkeit der Konvention entscheidet. Gewöhnliche privatrechtliche Verträge bedürfen keiner richterlichen Genehmigung, ihr Inhalt, falls er nicht unsittlich ist oder sonst einen Nichtigkeitsgrund des OR aufweist, kann durch die Parteien frei bestimmt werden und erlangt damit ohne weiteres Gültigkeit. Bei der Scheidungskonvention sind die Eheleute aber nicht in der Lage, eine wirksame Vereinbarung zu treffen. Erst durch die Genehmigung leben die in der Konvention vereinbarten Rechte und Pflichten auf. Bis zur richterlichen Prüfung haben sie keine Wirksamkeit, sondern sind lediglich Wünsche der Parteien, welche dem Richter „beantragt“ werden. Daher verdient die Auffassung den Vorzug, nach welcher die Konvention ein gemeinsamer Antrag ist.

Dieser Ansicht kann auch nicht mit dem Einwand begegnet werden, daß der gerichtlichen Genehmigung nicht bei jeder Konvention dieselbe Bedeutung zukomme. Das ist tatsächlich der Fall, indem der Inhalt der Vereinbarung je nach seiner Beschaffenheit ein größeres oder geringeres Hineinspielen der *Offizialmaxime* nach sich zieht. Betrifft der Inhalt der Konvention die Regelung der Kinderrechte, so untersteht die Vereinbarung vollkommen der *Offizialmaxime*. Das öffentliche Interesse nimmt am Schicksal der Kinder Anteil. Der Richter wird eine solche Konvention mit der größten Aufmerksamkeit prüfen, wobei allein das Wohl der Kinder seine Entscheidung beeinflusst. Gerade die Kinderfrage zeigt uns deutlich, daß der Konvention der Charakter eines Antrages zu Grunde liegt. Der Richter ist hier in keiner Weise an die Abmachungen der Eltern gebunden. Er wird nur dann seine Zustimmung erteilen, wenn die Vereinbarung auch seinen Ueberlegungen entspricht. Sie kann nie Gültigkeit erlangen, falls die Genehmigung ausbleibt. Die *Offizialmaxime* herrscht ausschließlich, und diese läßt keine Vergleiche zu⁴³.

Anders liegen die Verhältnisse bei den Konventionen, welche die vermögensrechtlichen Ansprüche zum Inhalt haben. Hier besteht kein öffentliches Interesse. Der Richter soll lediglich unbillige Vereinbarungen verhindern. Er hat daher alle Anträge der Parteien zu genehmigen, sofern sie nicht unbillig, unsittlich oder widerrechtlich sind, auch

⁴¹ Vgl. Weiss Nr. 1487 und 1474.

⁴² Schwander, S. 103.

⁴³ Vgl. Gisi, S. 465.

wenn er selbst eine andere Lösung getroffen hätte. — Der Wille der Gatten ist hier wirklich sehr intensiv beteiligt. Der einzige Unterschied zu einem gewöhnlichen Vertrag liegt im Erfordernis der richterlichen Genehmigung. Im Gegensatz zu den Konventionen über die Kinderrechte verschwindet nach der Urteilsfällung auch dieses Erfordernis, die Vereinbarung ist dann durch bloßen Vergleich abänderlich und rückt völlig in den Bereich der Partei-Willkür. Man ist daher geneigt, der Scheidungskonvention hier eher den Charakter eines privatrechtlichen Vertrages zuzusprechen. Dies trifft indessen nicht zu. Nach wie vor ist die richterliche Genehmigung erforderlich. Ob ihr nun größere oder geringere Bedeutung zukomme, nur sie kann der Vereinbarung Gültigkeit verleihen. Selbst wenn die Genehmigung ein praktisch unbedeutendes, formelles Erfordernis wäre, würde sie doch Gültigkeitsvoraussetzung bleiben. Dies umsomehr, als die Genehmigung sogar eine urteilsmäßige Entscheidung ist.

III. Die Anfechtung der Scheidungskonvention

Je nachdem die Scheidungskonvention als privatrechtlicher Vertrag oder als gemeinsamer Antrag aufgefaßt wird, kann sie auf privatrechtlichem oder nur auf prozessualem Wege angefochten werden. Entsprechend den oben dargelegten Meinungen finden wir auch hier zwei entgegengesetzte Lager, wobei vorweg erwähnt sei, daß das Bundesgericht den Standpunkt der prozessualen Anfechtung einnimmt. — Die andere Ansicht wird unter anderen von Emilie Hartmann vertreten⁴⁴. Richtig bemerkt sie, daß es unbillig erscheine, denjenigen Ehegatten, welche die Nebenfolgen der Ehescheidung vertragsmäßig regelten, einen höhern Schutz zu gewähren als denjenigen, welche die Regelung dem Richter überließen. Letzteren steht nämlich nur die prozessuale Anfechtung offen, d. h. der Weg der Urteilsrevision. Dies bedeutet im Verhältnis zur Anfechtung auf privatrechtlichem Wege eine Einschränkung, indem die prozessualen Anfechtungsgründe gegenüber Urteilen enger sind und innert kürzeren Fristen geltend gemacht werden müssen⁴⁵. Sie führt dann aber weiter aus, daß diese Unbilligkeit nur eine scheinbare sei. Denn, einmal habe man schon gesehen, daß die richterliche Genehmigung und die Aufnahme im Urteilsdispositiv der Konvention den privatrechtlichen Charakter nicht entziehen könne und weiter biete die richterliche Prüfung eine geringere Gewähr als die Regelung durch den Richter selbst. Die Vereinbarung solle ja dem Richter nur eine Hilfe sein, man könne daher nicht verlangen, daß er die Verhältnisse eingehend untersuche. — Die ganze Begründung beruht also mit andern Worten auf der These, daß die richterliche Genehmigung auf nicht sehr zuverlässigen Grundlagen beruhe. Dies bedeute einen Nachteil gegenüber der richterlichen Festlegung der Verhältnisse, so daß es nicht unbillig erscheine, wenn die vom Richter nur genehmigten Konventionen dafür leichter, d. h. auf privatrechtlichem Wege, angefochten werden können. Abgesehen davon, daß diese praktische Begründung die rechtlichen Seiten des Problems ziemlich unberührt läßt, kann man auch über die Wertung der richterlichen Genehmigung anderer Meinung sein. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb die Ueberprüfung einer fertigen Vereinbarung weniger Gewähr bieten sollte als die Regelung durch den Richter allein. Emilie Hartmann sagt ja selbst zutreffend, daß die Konvention eine Hilfe für den Richter sein soll. Ist es logisch, wenn man mit dem Begriff der Hilfe eine geringere Gewähr verbindet? Im Gegenteil, der Richter kann Vorschläge gegeneinander abwägen und sie auf ihre Billigkeit hin prüfen. Er erkennt die

⁴⁴ Hartmann, S. 60 ff.

⁴⁵ BGE 60 II 80.

Leistungsfähigkeit und den Willen der Gatten viel leichter, als wenn er sich in die verworrenen Vermögensverhältnisse einarbeiten muß.

Die Ansicht Emilie Hartmanns wird unterstützt durch eine Stellungnahme des bernischen Appellationshofes vom 13. Juli 1922⁴⁶. Dieser führt an, daß bei der Festlegung der Konvention Willensmängel bestehen können wie bei jedem andern Rechtsgeschäft und bei der Genehmigung nicht erkannt werden, da der Richter die Vereinbarung ja nur auf deren Angemessenheit und Gesetzmäßigkeit hin zu prüfen habe. Dabei könne es geschehen, falls die privatrechtliche Anfechtung völlig ausgeschlossen werde, daß der Staat einer Konvention seinen Rechtsschutz gewähren müsse, welche sonst im Privatrecht eine unwirksame Neuordnung der streitigen Beziehungen bedeuten würde. — Auch nach Egger bleibt die Vereinbarung trotz der richterlichen Genehmigung ein Vertrag unter den Ehegatten, so daß die Berufung auf Willensmängel in der Folge noch möglich ist nach den Regeln über die Anfechtung von Vergleichen, während die Nichtigkeit gemäß Art. 20 OR geltend gemacht werden kann⁴⁷. Dabei beruft sich auch Egger auf die oben angeführte Stellungnahme des bernischen Appellationshofes.

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die Anfechtung einer genehmigten Konvention nur auf dem Wege der Urteilsrevision, also mit prozessualen Mitteln, zulässig. Dieser Rechtsanwendung liegt die Ansicht zu Grunde, daß durch das Erfordernis der richterlichen Genehmigung die Konvention den privatrechtlichen Charakter verliert, Bestandteil des Urteils wird und an dessen Rechtskraft teilnimmt. Hierin liegt auch der Unterschied zum Prozeßvergleich, demgegenüber die Anfechtung mit privatrechtlichen Mitteln möglich ist. Dieser ist wirklich nur ein Privatvertrag und wird nicht Bestandteil des Urteils⁴⁸. Er wird vom Gericht lediglich zur Kennntnis genommen zwecks Abschreibung des Prozesses, aber nicht materiell geprüft⁴⁹. Nur hinsichtlich der Vollstreckbarkeit ist er dem Urteil gleichgestellt, indem bei Nichterfüllung die prozessuale Vollstreckung anbegehrt werden kann⁵⁰. Im übrigen ist die Scheidungskonvention einem Vergleich nicht gleichzustellen. Durch einen Vergleich wird eine zivilrechtliche Streitigkeit durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien beigelegt. Die Scheidungskonvention soll aber Rechte und Pflichten ordnen, welche durch die Eheauflösung bedingt sind, wobei ein Streit nicht die Voraussetzung bildet⁵¹.

So kann nach meinem Dafürhalten die Ablehnung der zivilrechtlichen Anfechtbarkeit als eine konsequente Folge aus der Tatsache gewertet werden, daß die Konvention einer richterlichen Genehmigung bedarf und Bestandteil des Urteils wird⁵². Die Praxis des

⁴⁶ Vgl. SJZ 20, S. 15.

⁴⁷ Egger, Art. 158, Nr. 16.

⁴⁸ Vgl. Pra 23, Nr. 67. — Auch Guldener führt aus, daß ein gerichtlicher Vergleich, dem nur der Charakter eines Vollstreckungstitels zukommt, wie jeder beliebige Vertrag angefochten werden kann. (Guldener, S. 246 unten.)

⁴⁹ BGE 56 I 224.

⁵⁰ Vgl. Matti, S. 1095. — Bern. ZPO Art. 397 ff.

⁵¹ Näher an die Konvention reicht der genehmigte gerichtliche Vergleich, wie er in verschiedenen ZPO anzutreffen ist. (Vgl. Graubünden ZPO, Art. 275, Tessin ZPO, Art. 537.) Hier hat zum Konsens der Parteien noch die richterliche Genehmigung hinzuzutreten. Diese genehmigten gerichtlichen Vergleiche sind auch nur mit den außerordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar, analog einer genehmigten Konvention. (Vgl. Guldener, S. 245 b.)

⁵² Vgl. Tuor, S. 146. — Weiss Nr. 1487.

Die Stellungnahme des Bundesgerichts wird auch von Guhl geteilt in ZBJV 71, S. 677: Da die Parteikonvention der richterlichen Genehmigung bedarf, wird sie zu einem Bestandteil des Scheidungsurteils und kann nicht mehr aus privatrechtlichen Gründen angefochten werden, z. B. deswegen, weil eine Partei im Sinne von Art. 28 OR getäuscht worden ist. Eine Anfechtung ist nur noch unter den Voraussetzungen und mit den Mitteln des Prozeßrechts möglich.

Bundesgerichts bedarf hier keiner Aenderung. Zu diesem Standpunkt führen neben den bisher angeführten auch praktische Gründe, indem die Möglichkeit der zivilrechtlichen Anfechtung mit einigen Nachteilen verbunden wäre. Vor allem würde die Einheit des Scheidungsverfahrens gestört. Man müßte die Regelung der Nebenfolgen in vermehrtem Maße vom übrigen Scheidungsverfahren loslösen. Aber auch eine Trennung innerhalb der Nebenfolgen wäre nicht zu umgehen, da die der Officialmaxime unterstellte Kinderfrage auf keinen Fall der privatrechtlichen Anfechtungsmöglichkeit ausgesetzt sein kann. Dem widerspricht allein schon das Interesse der Kinder. — Im weitern wäre aber auch die rasche Erledigung des ganzen Scheidungsverfahrens in Frage gestellt. Bei Zulässigkeit der zivilrechtlichen Anfechtung würden den Parteien längere Fristen offen stehen, um noch eine Klage rechtshängig zu machen. — Indessen muß anderseits zugegeben werden, daß die privatrechtliche Anfechtungsmöglichkeit zur Erhöhung des Rechtsschutzes beitragen würde. Dieser Nachteil kann aber ausgemerzt werden, wenn die richterliche Genehmigung nur nach sorgfältiger Untersuchung erteilt wird, so daß sie eine genügende Gewähr bietet zur Aufdeckung von Willensmängeln. — Wir können abschließend feststellen, daß sich die prozessuale Anfechtungsmöglichkeit der Scheidungskonvention allein schon deswegen empfiehlt, weil sie sich besser in das ganze Scheidungsverfahren einfügt als die Anfechtung auf privatrechtlichem Wege ⁵³.

IV. Die richterliche Genehmigung

Die Zulässigkeit der Scheidungskonvention erleidet durch die Notwendigkeit der richterlichen Genehmigung eine weitgehende Einschränkung, indem erst die Zusage des Richters den Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Ehescheidung Rechtskraft verleihen kann. Die richterliche Genehmigung ist also Konstitutivverfordernis, ohne sie bleibt die Konvention ungültig. Sie wird im Haupturteil erteilt, wodurch die Parteivereinbarung Bestandteil des Urteils wird und auch an dessen Rechtskraft teilnimmt. — Entsprechend der Einheit des ganzen Scheidungsverfahrens ist natürlich nur der Scheidungsrichter zur Genehmigung zuständig.

Bis zum Zeitpunkt der Genehmigung befindet sich die Konvention in einem Schwebezustand, in welchem sie noch keine materielle Wirksamkeit hat. Die Parteien sind aber trotzdem an sie gebunden und können sie nicht einseitig aufheben. Es steht ihnen lediglich die Möglichkeit offen, beim Richter die Ablehnung der Konvention zu beantragen. Dieser hat dann die Gründe zur Ablehnung zu prüfen ⁵⁴. Solche Gründe sind z. B. dann gerechtfertigt, wenn sich die Verhältnisse schon während des Scheidungsverfahrens geändert haben.

Die richterliche Genehmigung entspringt der Officialmaxime, die zum größten Teil das Scheidungsverfahren beherrscht. Der Zweck dieser Prüfung gilt vor allem der Wah-

⁵³ Vgl. Weiss Nr. 1487. Hier ist als Beispiel der Fall angeführt, wo nach vollzogener Scheidung ein Wohnsitzwechsel stattfindet und die zivilrechtliche Anfechtung nicht beim Scheidungsgericht anhängig gemacht wird. Dies könnte dazu führen, daß sich zwei vollstreckbare Urteile gegenüberstehen. —

Die kantonalen Gerichte sind der bundesgerichtlichen Auffassung ohne weiteres gefolgt. In einem Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 26. Juli 1946 wurde ein Revisionsbegehren abgelehnt, weil der Kläger den Revisionsgrund nicht innert 30 Tagen seit Entdeckung desselben geltend gemacht hatte gemäß Art. 352 zürch. ZPO.

In einem Entscheid vom 29. September 1944 hat auch der bernische Appellationshof seine frühere Stellungnahme geändert: unter Vereinbarung ist ein zwischen den Parteien vereinbarter gemeinsamer Antrag zu verstehen.

⁵⁴ BGE 60 II 169. — Weiss Nr. 1476. — SJZ 18, S. 297.

rung der Kinderinteressen. Aber auch bei den vermögensrechtlichen Nebenfolgen soll die Genehmigung nicht nur auf Grund einer oberflächlichen Prüfung erteilt werden, sondern ebenfalls ihrem Sinn als Schutzinstitut Genüge leisten. Denn oft kommt es vor, daß ein Ehegatte der Beeinflussung durch den andern erliegt und sich dadurch zu Abmachungen bewegen läßt, die sich später sehr nachteilig für ihn auswirken können⁵⁵. Oder ein Gatte ist leichtsinnig, unfähig oder durch das Geschehen bei der Scheidung seelisch stark mitgenommen. All das bietet die Möglichkeit zu einer ungerechten Ausnützung. — Gegen solche Machenschaften hat nun der Richter einzuschreiten. Er soll zwar einer Konvention über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen nicht die Genehmigung verweigern, nur weil er etwas anderes angeordnet hätte, sondern er hat die Freiheit der Parteien zur Regelung möglichst zu achten⁵⁶. Aber dort soll er seine Zustimmung versagen, wo er eine ungerechtfertigte Belastung eines Gatten feststellt. Damit wird vernieden, daß diese Regelungen nachträglich zu weiteren Streitigkeiten und zu unerträglichen Verhältnissen Anlaß geben. Ferner verweigert der Richter immer dann seine Genehmigung, wenn die Scheidungskonvention widerrechtlich, simuliert oder infolge irgend eines Willensmangels anfechtbar ist oder wenn sie gegen die guten Sitten verstößt⁵⁷. Häufig ist vor allem der Fall, wo sich ein Ehegatte die Scheidung abkaufen läßt, indem ihm die andere Partei in der Konvention eine hohe Entschädigung anbietet. Der Richter darf ein solches Scheidungsbegehren wegen Rechtsmißbrauch abweisen⁵⁸. Ein anderer Fall liegt natürlich dann vor, wenn ein Gatte dem andern aus Billigkeitsgründen eine hohe Geldsumme zusichert, die Scheidung aber auch ohne dieses Versprechen ausgesprochen worden wäre. — Nach der Gerichtspraxis darf der Richter die Scheidungskonvention nicht abändern, wenn sie ihm in irgend einem Punkte mißfällt, sondern er hat ihr in diesem Falle die Genehmigung schlechthin zu versagen. Dies entspricht der Auffassung, daß die Vereinbarung eine Einheit sein soll⁵⁹. Verweigert der Richter die Genehmigung, so bleibt die Konvention ungültig. Die Ehegatten können keinerlei Rechtswirkungen aus ihr ableiten. Der Richter wird dann eine neue Regelung der Verhältnisse selbst vornehmen.

V. Welche Konventionen unterliegen der richterlichen Genehmigung?

Die Abklärung dieser Frage ist für die vorliegende Arbeit insofern von Bedeutung, als dadurch bestimmt wird, welche Konventionen später mit Hilfe von Art. 153, Abs. 2, noch abgeändert werden können.

1. Konventionen, welche vor dem Urteil geschlossen werden

Es handelt sich hier um die eigentlichen Scheidungskonventionen, die unmittelbar vor oder während dem Scheidungsverfahren eingegangen werden. Sie bedürfen selbstverständlich der richterlichen Genehmigung. Ohne diese bleiben sie wirkungslos und nichtig; denn die richterliche Genehmigung ist für sie ja Konstitutiverfordernis. Was mit

⁵⁵ Vgl. ZBJV 57, S. 421.

⁵⁶ BGE 60 II 169.

⁵⁷ Vgl. Art. 20—30 OR.

⁵⁸ ZSRnF 48, S. 5a. — Egger, Art. 158 N. 5b.

⁵⁹ Vgl. Gmür, Art. 158, Nr. 23. — Weiss Nr. 1477. — ZBJV 73, S. 523. BGE 62 II 7. Emilie Hartmann (S. 41 f.) postuliert indessen, daß die Vereinbarung nur hinsichtlich der einzelnen Nebenfolgen als Einheit aufzufassen ist. Daher solle z. B. eine Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen weiterbestehen und genehmigt werden, wenn nur die Regelung der Elternrechte dem Richter mißfällt. Diese Ansicht erscheint zutreffend.

Konventionen geschieht, welche vor dem Urteil geschlossen, aber nicht genehmigt wurden, ist unter Ziff. 3 ersichtlich.

2. Nachträgliche Konventionen

Wir haben es hier mit Vereinbarungen zu tun, die erst nach dem rechtskräftigen Urteil geschlossen werden. Zwei Gründe können zu ihrer Entstehung führen. Einmal mag es vorkommen, daß die Nebenfolgen während des Scheidungsverfahrens nicht geregelt werden, sei es, man habe es vergessen, die berechnete Partei habe auf jegliche Entschädigung verzichtet oder irgend eine andere Ursache sei dafür verantwortlich. Dieser Fall ist aber äußerst selten und kommt nur für die vermögensrechtlichen Beziehungen in Frage. Die Kinderrechte werden ja ex officio geregelt, und auch auf die Entschädigungsfragen wird der Richter die Parteien aufmerksam machen, falls hiefür kein Antrag gestellt wird. Trotzdem kann der besagte Fall aber eintreten. Dabei ist es möglich, daß die Parteien später aus irgend einem Grunde eine Lösung der Entschädigungs-Ansprüche wünschen. Einseitig wäre ein solches Begehren nicht mehr zulässig, da das Scheidungsurteil längst schon rechtskräftig geworden ist. Es fragt sich nun, in wie weit der Richter noch herangezogen werden kann, wenn das Begehren um nachträgliche Regelung der vermögensrechtlichen Ansprüche dem Willen beider Parteien entspricht. Meines Erachtens muß man hier unterscheiden, ob die Regelung der Ansprüche durch ein Versehen des Richters unterlassen wurde oder ob die Parteien dafür verantwortlich gemacht werden können, indem z. B. die berechnete Partei auf ihre Ansprüche verzichtete. Anders hinsichtlich des Begehrens um Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Ein solches Begehren ist jederzeit möglich. Im ersten Falle sollte ein Ergänzungsverfahren zulässig sein, sogar auch dann, wenn nur eine Partei das Begehren stellt. Im zweiten Falle aber sollte ein Nachverfahren verweigert werden. Dabei sollte es den Parteien auch versagt sein, den Richter um die Genehmigung einer nachträglichen Konvention anzugehen. Eine solche Genehmigung wäre sinnlos, da nach dem rechtskräftigen Urteil die weitere Regelung der vermögensrechtlichen Ansprüche vollkommen der parteilichen Willkür unterstellt ist.

Der viel häufigere Fall begegnet uns aber in der Abänderung einer schon bestehenden und genehmigten Konvention durch eine neue Vereinbarung der Parteien. Wir haben es also schon mit Abänderungen von Scheidungsurteilen zu tun, welche sich aber nicht auf Grund von Art. 153 ZGB vollziehen, sondern auf Grund der übereinstimmenden Willenserklärungen der geschiedenen Gatten. Damit taucht die Frage auf, weshalb die Parteien berechnigt sind, die im Urteil getroffenen Anordnungen ohne richterliches Mitwirken umzustößen? Wird dadurch die richterliche Genehmigung in ihrer Bedeutung nicht herabgesetzt, wenn nach vollstrecktem Urteil die Gatten doch eine andere Lösung treffen können?

Schon oben haben wir gesehen, daß es sich bei den Art. 151—153 ZGB um nachgiebiges Recht handelt. Die Parteien können abweichende Anordnungen treffen. Es steht ihnen bei der Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen die größte Freiheit zu. Diese erfährt lediglich durch die richterliche Genehmigung eine Einschränkung. Das Erfordernis der Genehmigung entspricht dem Schutzgedanken, welcher der Ehe und auch dem Scheidungsverfahren zu Grunde gelegt wurde. Man will das ethische Moment der Ehe auch bei ihrer Auflösung so gut als möglich wahren, indem man Benachteiligungen, die sich mit der Scheidung ergeben können, zu vermeiden sucht. Das Urteil, zu dem auch die genehmigte Konvention gehört, soll eine möglichst gerechte und zutreffende Re-

gelung der Verhältnisse enthalten. — Nach dem Zeitpunkt aber, in dem das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, sind die ehemaligen Gatten frei und selbständig. Sie bedürfen des richterlichen Schutzes nicht mehr. Mit der Scheidung ist auch die Gefahr der Beeinflussung viel geringer geworden. Mit dem Scheidungsurteil haben die Parteien ihre uneingeschränkte Handlungsfähigkeit zur Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen wieder erlangt⁶⁰. Es soll sie nichts daran hindern, die im Urteil festgelegten Verhältnisse abzuändern, wenn eine andere Anordnung dem beidseitigen Willen entspricht. Ohne diesen übereinstimmenden Willen sind die Parteien selbstverständlich an das Urteil gebunden. Eine Abänderung auf einseitigen Antrag kommt nur unter den Voraussetzungen des Art. 153 ZGB in Frage.

Die Möglichkeit der freien Abänderung durch die Parteien bezieht sich aber auch hier nur auf solche Nebenfolgen, welche vom öffentlichen Interesse losgelöst sind. Die Ordnung der Elternrechte bleibt weiterhin der Officialmaxime unterstellt. Die Parteien dürfen auch hierüber Vereinbarungen treffen, welche die Regelung im Urteil abändern. Diese erlangen aber nur dann Rechtskraft, wenn sie erneut durch den Scheidungsrichter genehmigt werden⁶¹. — So können nur die vermögensrechtlichen Beziehungen der ehemaligen Gatten Gegenstand einer freien Urteilsabänderung sein. Wir haben es hier mit rein privaten Angelegenheiten zu tun, die Allgemeinheit ist an ihnen nicht interessiert. Die richterliche Genehmigung ist nicht mehr erforderlich⁶², sie kann sogar — entsprechend unserer obigen Auffassung — nicht einmal mehr eingeholt werden⁶³. Die neue Vereinbarung ist ein gewöhnlicher privatrechtlicher Vertrag, der auch nur mit privatrechtlichen Mitteln angefochten werden kann.

Anderer Ansicht ist Emilie Hartmann⁶⁴. Sie will sämtliche nachträglichen Vereinbarungen, also auch diejenigen über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen, der richterlichen Genehmigung unterstellen. Die Aufhebung dieser Pflicht könne nicht damit begründet werden, daß die Parteien nach der Scheidung die uneingeschränkte Handlungsfähigkeit wieder erhalten haben. Der Schutz der Genehmigung sei weiterhin erforderlich. — Diese Stellungnahme erscheint nicht gerade sehr konsequent, da E. Hartmann die Konvention ja als privatrechtlichen Vertrag bezeichnet und der richterlichen Genehmigung nicht große Gewähr zuerkennt. Als konsequente Folge dieser Ansicht sollte E. Hartmann die Loslösung von der Genehmigungspflicht erst recht vertreten.

3. Die nachträgliche Genehmigung

Unter Ziff. 2 war von der Genehmigungspflicht für nachträgliche Konventionen die Rede. Hier stellt sich nun die Frage, welche Konventionen der nachträglichen Genehmi-

⁶⁰ Vgl. ZBJV 57, S. 421.

⁶¹ Vgl. SJZ 22, S. 43. — Weiss Nr. 1479.

⁶² Vgl. Weiss Nr. 1478. — BGE 47 II 243. — Egger, Art. 158, N. 17. — ZBJV 78, S. 488 und 80, S. 491. In SJZ 32, S. 156 ist ein Urteil des Solothurnischen Obergerichtes angegeben. Darin wird erwähnt, Gmür sei gegenteiliger Meinung in Note 22 zu Art. 158 seines Kommentars. Dies trifft aber nicht zu. In Note 22 sagt Gmür lediglich, daß Parteivereinbarungen der richterlichen Genehmigung bedürfen. Es ist aber offensichtlich, daß Gmür nur von Konventionen im Scheidungsverfahren spricht und nicht an nachträgliche Vereinbarungen denkt.

⁶³ Auch das Bundesgericht lehnt die Möglichkeit ab, nachträgliche Konventionen vermögensrechtlichen Inhalts einer richterlichen Genehmigung zu unterziehen. Vgl. BGE 47 II 371: ... pronunciato il divorzio e cresciuto il giudizio in giudicato, queste convenzioni non possono più essere oggetto di decisione. — Dieser Standpunkt entspricht der Tendenz, das Scheidungsverfahren möglichst abschließend zu regeln.

⁶⁴ Hartmann, S. 43 ff.

gung bedürfen. Im Gegensatz zu Ziff. 2 haben wir es mit eigentlichen Scheidungskonventionen zu tun, die vor dem rechtskräftigen Urteil vereinbart wurden, wobei aber die richterliche Prüfung und Genehmigung ausblieb. Das kommt allerdings nur selten vor und wird vor allem bei Konventionen über die Kinderrechte nur dann möglich sein, wenn der Richter aus Versehen vergißt, die Genehmigung zu erteilen. Bei vermögensrechtlichen Vereinbarungen, deren Regelung nicht ex officio stattfindet, kann die Genehmigung schon eher vergessen werden. Es ist auch denkbar, daß die Parteien absichtlich die richterliche Prüfung der Konvention umgehen, da sonst die wahren Hintergründe der Scheidung aufgedeckt werden könnten. Das würde z. B. für den Fall in Betracht kommen, wo der eine Gatte dem andern die Scheidung abkauft oder wo beide Ehegatten eine Scheidungskomödie vorspielen. Manchmal wird auch unmittelbar nach der Urteilsfällung eine Konvention oder schon ein das Urteil abändernder Vergleich eingegangen, bevor die Fristen zur Weiterziehung des Urteils abgelaufen sind. Dieses wird aber erst mit Ablauf dieser Fristen rechtskräftig. Infolgedessen bedürfen alle Konventionen, welche innert diesen Fristen geschlossen werden, noch der richterlichen Genehmigung. Diese wird dann in vielen Fällen, meistens aus Rechtsunkenntnis, nicht mehr eingeholt.

Wie schon erwähnt, ist die Genehmigung Gültigkeitserfordernis. Daher bleiben jene Konventionen, welche vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils eingegangen wurden und der richterlichen Genehmigung aus irgend einem Grunde entbehren, ungültig. Indessen besteht die Möglichkeit, für diese Konventionen eine nachträgliche Genehmigung einzuholen. Dies ist sogar erforderlich, will man jenen Vereinbarungen noch Gültigkeit verleihen. Nur wenn die Parteien gutgläubig sind, was z. B. zutrifft, falls das Fehlen der Genehmigung auf einem Versehen des Richters beruht, bleibt auch die nicht genehmigte Vereinbarung bis zur Entdeckung des Mangels gültig. Auch hier muß dann die Genehmigung in einem Ergänzungsverfahren beim Scheidungsrichter eingeholt werden.

Eine weitgehende Milderung besteht auch hier wiederum für Konventionen nur vermögensrechtlichen Inhalts. Außer durch Einholung der nachträglichen Genehmigung kann die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung durch eine ausdrückliche Bestätigung der Parteien erwirkt werden. Letzteres scheint auf den ersten Blick überhaupt der einzig gangbare Weg zu sein. Die nachträgliche Genehmigung für vermögensrechtliche Konventionen kann sich hier als sinnlos erweisen. Man ist geneigt, sie zu versagen, wie das schon bei den nachträglichen Vereinbarungen getan wurde. In Wirklichkeit liegt aber ein Unterschied vor. Einmal sind diese Konventionen eben noch während dem Scheidungsverfahren zustande gekommen und unterliegen der Genehmigungspflicht. Daher muß man den Parteien Gelegenheit geben, dieses Gültigkeitserfordernis später einzuholen, wenn dies während des Verfahrens versäumt wurde. Man kann hier nicht einwenden, die Parteien seien ja in der Lage, durch eine Bestätigung der Vereinbarung deren Gültigkeit herbeizuführen. Denn man muß ferner den Fall im Auge behalten, wo nur eine Partei die nachträgliche Genehmigung wünscht. Wäre es dieser Partei versagt, an den Richter zu gelangen, so könnte die andere Partei durch ihre Verweigerung der Bestätigung die Gültigkeit der Konvention verunmöglichen. Der Pflichtige könnte sich auf diese Weise bequem von seinen Leistungen befreien. Wir kommen daher nicht umhin, den Parteien das Recht auf die nachträgliche Genehmigung einzuräumen. Aber es besteht hiefür keine Pflicht, indem der Konvention auch durch eine gemeinsame Bestätigung Gültigkeit verliehen werden kann. Diese Möglichkeit ist eine konsequente Folge aus der Auffassung und Tatsache, daß die Gatten nach der Scheidung beliebig über ihre vermögensrechtlichen Beziehungen verfügen können. Es bedeutet auch keinen Widerspruch zur richterlichen Ge-

genehmigung oder eine Entwertung derselben. Denn bei der Bestätigung entsteht rechtlich ein anderes Gebilde als bei der nachträglichen Genehmigung. Bei der letzteren wird die Konvention ein Bestandteil des Urteils. Dagegen haben wir es bei der Bestätigung ganz einfach mit einem neuen Vertragsschluß zu tun. Die Bestätigung heilt den Mangel der Genehmigung nicht. Vielmehr bleibt die Konvention ungültig. Wohl geben die Parteien durch die Bestätigung nochmals ihren Willen kund, die damals gefundene Regelung beizubehalten, rechtlich gesehen ist das aber ein neuer Vertragsschluß. Dabei spielt es keine Rolle, daß dieser Vertrag den gleichen Inhalt hat wie die ungültige Konvention. Und eine Anfechtung des nun rein privatrechtlichen Vertrages könnte auch nur auf privatrechtlichem Wege vor sich gehen.

Die Bestätigung der Vereinbarung hat aber ausdrücklich zu erfolgen. Ein konkludentes Verhalten ist nicht als genügend zu erachten. Ein solches, wie z. B. Erfüllung, kann auch auf Irrtum oder Rechtsunkenntnis beruhen und vollzieht sich überdies nur einseitig. Denken wir dabei an den Fall, wo eine nicht genehmigte Konvention eine ungerechtfertigte Belastung des Pflichtigen enthält. Dieser leistet nun, da er nicht weiß, daß die Vereinbarung ohne Genehmigung ungültig ist. Würde ein solches Verhalten eine Bestätigung bedeuten, so würde dadurch die Konvention rechtskräftig, obwohl sie vielleicht vom Richter wegen Unbilligkeit nicht genehmigt worden wäre. Im Gegensatz dazu werden bei der ausdrücklichen Bestätigung die Parteien sozusagen gezwungen, die Vereinbarung noch einmal zu überlegen. Es steht ihnen die Möglichkeit offen, Abänderungen vorzuschlagen und bei Uneinigkeit dem Richter die Regelung zu überlassen. — Der Mangel der fehlenden Genehmigung kann durch Erfüllung nicht geheilt werden⁶⁵. Ein unsittlicher Vertrag wird durch Erfüllung auch nicht sittlich und dadurch gültig. Die richterliche Genehmigung soll in einem konkludenten Verhalten nicht einen billigen Ersatz finden. Ebenso wenig kann ein solches die ausdrückliche Bestätigung ersetzen; denn zu einem Vertragsschluß ist gemäß Art. 1 OR die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien erforderlich. Das konkludente Verhalten ist aber eine einseitige Kundgebung, durch welche höchstens dann ein gültiger Vertrag entstehen kann, wenn von der Gegenpartei eine Offerte vorliegt. Die nicht genehmigte Konvention kann aber keineswegs als Offerte gelten. Einmal ist sie infolge des Fehlens der Genehmigung ungültig, ferner ist sie kein einseitiger Parteiantrag an die andere Partei, sondern ein gemeinsam vereinbarter Antrag an den Richter. Daher kann hier durch konkludentes Verhalten weder ein Vertrag entstehen, noch der Vereinbarung Gültigkeit verliehen werden.

Das Bundesgericht ist nicht dieser Ansicht. Es läßt Konventionen über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen, welche weder genehmigt noch durch die Parteien bestätigt wurden, schon durch konkludentes Verhalten rechtskräftig werden⁶⁶.

⁶⁵ Aus einem Entscheid des Cour de Justice civ. de Genève vom 10. Oktober 1933 geht hervor: Eine Konvention wird nicht dadurch geheilt, daß der Ehemann die vereinbarte Pension jahrelang anstandslos ausbezahlt hat.

⁶⁶ BGE 71 II 132, Pra 34 Nr. 176: „Die Konvention über Scheidungsfolgen, die abgeschlossen wird während der Appellationsfrist, bedarf der Genehmigung. Die Anerkennung der Leistungspflicht hat heilende Kraft.“ — Vgl. auch Pra 27 Nr. 82.

Mit Recht wird in der ZBJV die gegenteilige Stellungnahme vertreten (vgl. ZBJV 82, S. 451 und 75, S. 541). Dort wird allerdings nicht nur die Möglichkeit der Bestätigung einer nichtgenehmigten Scheidungskonvention durch konkludentes Verhalten abgelehnt, sondern sogar verneint, daß eine solche Konvention durch die ausdrückliche Bestätigung der Parteien Gültigkeit erlangt. — Diese Ansicht geht nun doch wohl zu weit. Sie ist zwar zutreffend in den Fällen, wo nur eine Partei die Konvention bestätigt. Dagegen sollte die ausdrückliche Bestätigung beider Parteien zur Entstehung eines neuen Vertrages als genügend erachtet werden.

Abgesehen von den oben angeführten Gründen, welche gegen die bundesgerichtliche Ansicht sprechen, entspricht diese Praxis des Bundesgerichtes auch nicht seiner Auffassung, daß der Scheidungskonvention der Charakter eines Antrages zukomme und nicht eines privatrechtlichen Vertrages. Nur ein Vertrag könnte durch konkludentes Verhalten Gültigkeit erhalten, nicht aber ein gemeinsamer Antrag, der mit der richterlichen Genehmigung viel enger verbunden ist. Er geht unter, wenn die richterliche Prüfung ausbleibt, während der Vertrag vor allem dann weiter bestehen kann, wenn er erfüllt wird. — Man muß daher postulieren, daß das Bundesgericht hier einen konsequenten Weg geht und seine Stellungnahme insofern abändern sollte, als nicht genehmigten Konventionen durch konkludentes Verhalten keine Gültigkeit verliehen werden darf.

VI. Die Beziehung der Scheidungskonvention zu Art. 153 ZGB

Bevor wir mit den Ausführungen über die Scheidungskonvention begonnen haben, wurde die Frage aufgeworfen, ob die Abänderung eines Scheidungsurteils ohne Mitwirkung des Richters möglich sei. Die Frage ist beantwortet. Wir haben gesehen, daß die urteilsmäßige Festsetzung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen, beruhe sie auf richterlicher Regelung oder auf einer genehmigten Konvention, durch einfachen Vertrag abgeändert werden kann, ohne daß hierfür eine nochmalige Genehmigung des Richters notwendig wäre. — Wir können somit zwei verschiedene Arten von Abänderungen unterscheiden: diejenige durch Vertrag oder Vergleich, wo der vermögensrechtliche Bestandteil des Scheidungsurteils durch die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien eine andere Regelung erfährt; ferner diejenige auf Grund von Art. 153 ZGB; diese beruht auf dem Klagebegehren einer Partei und wird oft erst angestrengt, wenn ein Parteivergleich wegen Meinungsverschiedenheit nicht zustande kam.

Damit stellt sich auch schon eine weitere Frage. Unterstehen Scheidungskonventionen und nachträgliche Vereinbarungen oder Abänderungsvergleiche ebenfalls einer Abänderung im Sinne von Art. 153 ZGB? Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen⁶⁷. Genehmigte Konventionen sind ja Bestandteile des Urteils und dementsprechend werden sie später behandelt. Aber auch die nachträglichen Vereinbarungen fallen in den Bereich des Art. 153. Eine andere Lösung könnte dem Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung nicht gerecht werden. Denn der Art. 153 soll unbillige Härten vermeiden und hat dann einzusetzen, wenn seine Voraussetzungen, d. h. veränderte Verhältnisse gegeben sind. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob die Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen allein durch den Richter getroffen wurde oder ob sie auf einer genehmigten Konvention oder auf einem Abänderungsvertrag beruht. Sonst würden erst recht Härten entstehen, da z. B. ein Pflichtiger, welcher die Renten nicht mehr aufbringen kann, kraft des Vertrages zur Leistung gezwungen wäre, obwohl sie den Charakter einer abänderbaren Bedürftigkeitsrente hätte. Er wäre sogar der Zwangsvollstreckung ausgesetzt. Die Rente nach Art. 152 ZGB will aber nur einer Notlage steuern, solange diese besteht und der Pflichtige leistungsfähig ist.

Art. 153 kann allerdings nicht mehr angerufen werden, wenn die Parteien der Rente einen bleibenden und definitiven Charakter zugesprochen haben. Es ist dann der Wille der Parteien, daß die Rente unabänderlich bleiben soll. Dies ist insofern nicht unbillig,

⁶⁷ Vgl. ZBJV 57, S. 421. — BGE 47 II 243.

als die Festsetzung der Unabänderlichkeit reduzierend auf die Höhe der Rente einwirkt, indem man eventuelle, zukünftige Faktoren berücksichtigt, welche die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen gefährden könnten. Diese Einschränkung oder Aufhebung des Herabsetzungsrechtes hat aber im Vertrag ausdrücklich vermerkt zu werden.

3. KAPITEL

Die materielle Regelung

I. Allgemeines

Nach dem ZGB gehen alle Ansprüche aus dem Erbrecht und dem Ehevertrag mit der Scheidung unter und können nicht mehr geltend gemacht werden. An deren Stelle treten dafür unter bestimmten Voraussetzungen die Forderungen gemäß Art. 151 und 152 ZGB⁶⁸. Die Regelung dieser Ansprüche geschieht auf Antrag der Parteien durch den Scheidungsrichter, falls jene es nicht vorgezogen haben, in einer Scheidungskonvention selbst eine Lösung zu treffen, welche dann, wie oben erwähnt, noch der richterlichen Genehmigung unterliegt. Wenn kein Antrag vorgebracht wurde, was aus Rechtsunkenntnis oft der Fall ist, soll der Richter immerhin die Gatten auf die verschiedenen Möglichkeiten hinweisen. In der Regel wird der berechtigte Teil dann eine Festsetzung seiner vermögensrechtlichen Ansprüche verlangen, ein Verzicht auf diese kommt ziemlich selten vor.

Die Entschädigungen aus Art. 151 und 152 ZGB sind Rechte des schuldlosen Ehegatten, dessen materielle und ideelle Rechtsgüter durch die Scheidung verletzt wurden. Umgekehrt bedeuten sie aber nicht eine Strafe für den schuldigen Partner, sie tragen vielmehr den Charakter von Ersatzansprüchen. Egger bezeichnet sie als deliktische Schadensersatzansprüche⁶⁹. Man hat oft eingewendet, daß diese Forderungen mit der sittlichen Seite der Ehe nicht vereinbart werden können; auch werde die Ehe durch sie zu einem Rechtsgeschäft, bei welchem vermögensrechtliche Vorteile im Vordergrund stehen, herabgewürdigt. Dem ist aber nicht so. Man kann zwar nicht bestreiten, daß diese finanziellen Ansprüche im praktischen Leben Anlaß zu Auseinandersetzungen und Maßnahmen geben können, welche mit dem Sinn der Ehe nichts mehr gemein haben. Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, daß sie ja erst akut werden, wenn das eheliche Zerwürfnis schon besteht und bereits von einer Eheauflösung die Rede ist. Moralisch sind diese Zuwendungen an den schuldlosen Gatten durchaus berechtigt. Schließlich hat er seine Lebensinteressen in den Dienst der ehelichen Gemeinschaft gestellt. Wird er nun enttäuscht, so soll ihm wenigstens in materieller Hinsicht der Verlust erleichtert werden. Es handelt sich ja nur um eine Erleichterung und nicht um einen vollwertigen Ausgleich; denn der Gesetzgeber spricht nur von einer angemessenen Entschädigung.

Im folgenden soll nun die richterliche Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen untersucht werden, aber nur insoweit, als es für diese Arbeit von Nutzen ist. Für eine eingehendere Betrachtung dieser Fragen sei auf Spezialarbeiten verwiesen⁷⁰.

⁶⁸ Vgl. Gmür, Art. 151, Nr. 1, 2.

⁶⁹ Egger, Art. 151, Nr. 2, 3. Danach ist Art. 151 ZGB ein Anwendungsfall der Art. 28 ZGB, 41 und 49 OR.

⁷⁰ Vgl. die Arbeiten von Grendelmeyer, Schwander, Hartmann, Brandenberger.

II. Die Wirkung des Schuldmomentes

Das Verschulden an der Scheidung spielt bei der Festsetzung der Entschädigungsansprüche die Hauptrolle⁷¹. Man bezeichnet die Renten aus Art. 151 demzufolge auch als eigentliche Verschuldensrenten. Aus Art. 151 geht hervor, daß nur dem schuldlosen Gatten ein Entschädigungs- oder Bedürftigkeitsanspruch zuerkannt werden darf. Wir haben damit die Frage abzuklären, wann ein Gatte als schuldig oder unschuldig befunden werden kann.

Als bejahender Scheidungsgrund gilt das Verschulden zum vornherein als bestritten und wird vom Richter nach den Regeln der *Offizialmaxime* erforscht. Schuldig ist ein Ehegatte dann, wenn gegen ihn ein Scheidungsgrund vorliegt. Umgekehrt versteht das Bundesgericht unter einem unschuldigen Gatten nur denjenigen, gegen den kein Scheidungsgrund vorliegt⁷². Dies besagt zweierlei. Grundsätzlich kann zwar nur derjenige Gatte aus Art. 151 verpflichtet werden, welcher an der Scheidung allein schuld ist. Indessen ist auch derjenige Gatte zu Entschädigungen berechtigt, der zwar ebenfalls als schuldig erscheint, dessen Schuld aber nicht so schwer ist, daß dadurch schon ein zur Scheidung genügender Grund gegeben wäre. Ein leichtes Verschulden in diesem Sinne hat also nicht eine Verwirkung der Ansprüche zur Folge, es kann bei der Festsetzung derselben höchstens herabsetzend wirken⁷³. Damit liegt dem Richter nicht nur ob, ein Verschulden festzustellen, auf Grund dessen einer Partei die Entschädigungspflicht auferlegt werden kann. Er hat auch die Schwere dieses Verschuldens und ein eventuelles Mitverschulden des sog. unschuldigen Gatten abzuklären. Je nach der Schwere des Mitverschuldens nimmt der Richter eine Reduktion der Entschädigungen vor. Würde dieses Mitverschulden aber von solchem Ausmaß sein, daß es zu einer Zerrüttung der ehelichen Gemeinschaft genügend wäre, so ist von einer Entschädigung im Sinne von Art. 151 Umgang zu nehmen. Es wäre unbillig und würde dem Gedanken des Eheschutzes widersprechen, würde man auch einem solchen Gatten diese Ansprüche zukommen lassen, der sich selbst gegen die Ehe schwer vergangen und dadurch einen Scheidungsgrund verursacht hat. Das entspricht der neuesten Praxis des Bundesgerichtes, wonach nicht nur derjenige Gatte als schuldig befunden wird, dessen ehewidriges Verhalten als Scheidungsgrund verwertet wird, sondern auch derjenige, dessen Verhalten zwar in keinem ursächlichen Zusammenhang mit der auf Begehren des Gegners ausgesprochenen Scheidung steht, objektiv aber ebenfalls einen genügenden Scheidungsgrund abgegeben hätte⁷⁴. Dies kann zutreffen, wenn eine Partei darauf verzichtet, das ehewidrige Verhalten der andern im Scheidungsprozeß geltend zu machen. Jede Gesinnung ehewidriger Tätigkeit soll eben in Betracht fallen, selbst wenn die Ehe schon vorher unheilbar zerrüttet war⁷⁵.

III. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens

Im Gesetz ist nirgends angegeben, nach welchen Grundsätzen sich die Höhe der Ersatzleistungen bemißt. In Art. 151 ist lediglich von einer „angemessenen“ Entschädigung die

⁷¹ Aber auch bei der Abänderung von Scheidungsurteilen kommt dem Schuldmoment eine weitgehende Bedeutung zu, weshalb hier darauf eingegangen wird. Es ist die erste Aufgabe des Abänderungsrichters, bei der Analyse der Scheidungsdispositive den Umfang des einer Rentenfestsetzung zugrundeliegenden Verschuldens festzustellen.

⁷² BGE 38 II 54, 60 II 392.

⁷³ Vgl. Egger, Art. 151, Nr. 6.

⁷⁴ BGE 71 II 49, Pra 34, Nr. 101.

⁷⁵ BGE 55 II 16, Pra 18, Nr. 46. — ZBJV 82, S. 448.

Rede. Daraus geht immerhin hervor, daß nicht der volle Verlust gedeckt werden soll. Es handelt sich nur um einen teilweisen Schadenersatz.

Weitere Richtlinien stehen dem Richter nicht zur Verfügung. Wiederum ist es sein freies Ermessen, dem die Beurteilung anheimgestellt wird. Es ist dies keine leichte Aufgabe, und man begreift, daß der Richter froh ist, wenn ihm die Parteien in Form einer Scheidungskonvention zu Hilfe kommen. In der Praxis sind denn auch erhebliche Schwankungen in der Bemessung der vermögensrechtlichen Ansprüche zu verzeichnen⁷⁶. Das ist zum Teil begreiflich; denn, wie Egger sich ausdrückt, handelt es sich hier für den Richter um die Berücksichtigung der gesamten gegenwärtigen und zukünftigen ökonomischen Lage⁷⁷. Nach meiner Ansicht kann eine gute Lösung am leichtesten dadurch erreicht werden, daß der Richter alle in Betracht fallenden Tatsachen in entschädigungs-herauf- und -herabsetzende gruppiert. Als solche Tatsachen kommen in Frage: das Vermögen, das Einkommen, die Schwere des Verschuldens an der Scheidung, das Mitverschulden, das Alter der Ehegatten und der bestandenen Ehe, der erlittene Schaden und das Ergebnis der güterrechtlichen Liquidation. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, umfaßt aber die hauptsächlichen Punkte. In der Praxis ist jeder Fall vom andern verschieden und weist besondere Punkte auf, die zu berücksichtigen sind. Auch haben nicht alle Tatsachen dieselbe Bedeutung. Das Verschulden wird wohl in besonderem Maße mitentscheiden, ferner auch das Vermögen und das Einkommen. Im weitern ist es dann dem Einfühlungs- und Urteilsvermögen des Richters überlassen, die beiden Gruppen gegeneinander abzuwägen und in Form einer angemessenen Entschädigung den Ausgleich zu schaffen. Gar keine Entschädigung ist z. B. dann festzusetzen, wenn der unschuldige Teil durch die Scheidung keinen materiellen Schaden erlitten hat und die Größe seines Mitverschuldens auch einen Genugtuungsanspruch gemäß Art. 151, Abs. 2, ausschließt. Oder auch dann, wenn die finanzielle Lage des Pflichtigen so schlecht ist, daß er nicht einmal zu einer äußerst geringen Rente verpflichtet werden kann.

Der Richter wird ferner bei der Bemessung der Entschädigung darauf achten, daß sie für den berechtigten Gatten nicht eine Bereicherung bedeutet, desgleichen für den pflichtigen Teil nicht zu einer Einschränkung führt, welche seine wirtschaftliche Existenz gefährden könnte. Deshalb kann man hier nicht nach einem bestimmten Schema vorgehen, indem z. B. ein gewisses Einkommen eine entsprechende Rente bedingen würde. Vielmehr sollen allein die individuellen Verhältnisse maßgebend sein. Ihnen hat der Richter seine Erwägungen anzupassen. Immerhin besteht hinsichtlich der untern Grenze ein gewisser Maßstab: Die Gerichte stützen sich in der Regel auf das betriebsrechtliche Existenzminimum, um jene Fälle abzuklären, wo es fraglich erscheint, ob überhaupt noch eine Entschädigungspflicht auferlegt werden kann.

IV. Die Entschädigung gemäß Art. 151, Abs. 1

Art. 151, Abs. 1 lautet: Werden durch die Scheidung die Vermögensrechte oder die Anwartschaften für den schuldlosen Ehegatten beeinträchtigt, so hat ihm der schuldige Ehegatte eine angemessene Entschädigung zu entrichten.

⁷⁶ Diese Fragen werden von den Gerichten nicht immer mit der erforderlichen Sorgfalt behandelt. Der „Zeitmangel“ verschiedener Gerichte wirkt sich im Scheidungsverfahren auch auf die Regelung der Nebenfolgen aus.

⁷⁷ Egger, Art. 151, Nr. 7. — Zur Ausrechnung des Schadens werden auch die Art. 42 ff. OR beigezogen.

1. Vermögensrechte und Anwartschaften

Abgesehen vom Verschulden des einen Gatten wird als Voraussetzung einer Entschädigung ein für den unschuldigen Teil infolge der Scheidung entstandener Schaden verlangt. Im Sinne von Art. 151, Abs. 1, haben wir es mit einem materiellen Schaden zu tun.

Unter Vermögenseinbußen versteht man hier den Verlust von Ansprüchen unmittelbar durch die Scheidung. Sie beziehen sich auf den Zeitpunkt der Eheauflösung und lassen sich daher zahlenmäßig ziemlich genau feststellen. Im Vordergrund steht der Wegfall des ehelichen Unterhaltsanspruches nach Art. 160 und 161 ZGB⁷⁸. In der Regel wird davon die Frau betroffen, zumal es nicht selten ist, daß sie sich durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft praktisch geradezu auf die Straße gestellt sieht. Dieser peinliche Gedanke läßt manche Ehefrau in der zerrütteten Ehe ausharren. Die Gerichtspraxis hat sich denn auch dahin entwickelt, daß der Unterhaltsverlust viel großzügiger entschädigt wird als die übrigen Vermögenseinbußen. — Weiter gehören hieher die Ansprüche aus dem ehelichen Güterrecht. Ihr Untergang infolge der Scheidung trifft gewöhnlich den Mann, welcher ja bekanntlich in den meisten Fällen die Verwaltung und Nutzung des Frauengutes innehat⁷⁹.

Der Begriff der Anwartschaften umfaßt solche finanziellen Vorteile, welche sich erst in Zukunft realisieren. Auch sie gehen mit der Scheidung unter. Bei ihrer Berechnung und der Festsetzung der für sie zu leistenden Entschädigung hat der Richter sehr zurückhaltend vorzugehen, da der Eintritt dieser zukünftigen Vorteile ungewiß ist. Sie sind nur auf Grund von Vermutungen zahlenmäßig bestimmbar. — Als Anwartschaft gilt vor allem der erbrechtliche Anspruch des überlebenden Ehegatten, ferner gehören hierher zukünftige Ansprüche an Pensionskassen sowie aus Versicherungen und aus Eheverträgen⁸⁰.

2. Die Form der Entschädigung

Nach der Prüfung aller Tatsachen, welche die Höhe der Entschädigung beeinflussen, stellt sich für den Richter die Frage der Entschädigungsform. Diese wirkt sich ebenfalls auf die Höhe der Leistungen aus, je nachdem eine Rente oder Kapitalsumme zugesprochen wird. Es ist übrigens auch möglich, die Entschädigung ganz oder teilweise in Form von Naturalobjekten zu leisten. Manchmal verlangen die Verhältnisse eine solche Regelung⁸¹. Ferner steht auch einer Kombination der verschiedenen Möglichkeiten nichts im Wege.

a) Die Kapitalsumme

Wenn immer möglich, werden die Ansprüche auf Grund von Art. 151 in Form einer Kapitalsumme festgesetzt. Sie ist hier die regelmäßige Form, da sie im Vergleich zur Rente erhebliche Vorteile bietet. Die Leistung einer Kapitalsumme bringt die gesamten Scheidungsverhältnisse zum endgültigen Abschluß und verwirklicht auf diese Weise einen wichtigen Grundsatz des Scheidungsverfahrens. Der Berechtigte kann später keine weiteren Ansprüche mehr geltend machen, die ganze Entschädigung ist in der Kapitalsumme enthalten und wird mit deren Leistung völlig getilgt. Demzufolge unterliegt sie auch keiner spätern Abänderungsmöglichkeit, und es spielt keine Rolle, ob ihr Genugtungs-

⁷⁸ BGE 69 IV 178, Pra 32, Nr. 200. —

⁷⁹ Vgl. Egger, Art. 151, Nr. 7. — Ferner Art. 201, 216 und 217 ZGB.

⁸⁰ Vgl. Weiss Nr. 1251. — Tuor S. 142. — Schwander S. 40 ff.

⁸¹ Weiss Nr. 1255. — SJZ 17, S. 266.

oder Entschädigungscharakter zukommt oder ob sie sogar infolge Bedürftigkeit des Berechtigten ⁸² zugesprochen wurde.

Auch in wirtschaftlicher Hinsicht weist die Kapitalsumme Vorzüge auf. Der Berechtigte ist oft in der Lage, mit der erhaltenen Summe eine Existenz zu begründen. Er setzt sich auch nicht der Gefahr aus, keine Leistungen mehr zu bekommen, falls der Pflichtige zahlungsunfähig wird. Umgekehrt wirken diese Vorteile reduzierend auf die Höhe der Kapitalsumme ⁸³.

Die Größe des Vermögens des Pflichtigen ist dafür entscheidend, ob eine Kapitalsumme oder eine Rente zu entrichten ist. Leider muß in der Praxis meistens eine Rente zugebilligt werden, obwohl die Kapitalabfindung die wünschenswertere Form ist. Eine Mittellösung besteht in einer Kapitalsumme mit ratenweiser Tilgung. Oder es wird eine bestimmte Summe bezahlt und zugleich noch eine Rente festgesetzt. In diesem letzteren Fall wird die Rente oft befristet.

b) Die Rente

Gemäß Art. 153, Abs. 1, gestattet das Gesetz auch die Rentenform. Sie tritt an Stelle der Kapitalsumme, wenn der schuldige Gatte durch deren Leistung übermäßig bedrängt würde. In einem solchen Falle, in welchem ein großes Vermögen ja nicht vorhanden ist, besteht der durch die Scheidung herbeigeführte Schaden regelmäßig vor allem im Verlust der ehelichen Unterhaltsansprüche. Die Entschädigung hat hier hauptsächlich die Aufgabe, die entstandene Bedürftigkeit des Berechtigten zu decken. Es kommt ihr daher auch der Unterhaltscharakter im Sinne des Art. 152 ZGB zu, wobei die Form der Rente keine schlechte Lösung bedeutet ⁸⁴.

Die Rente ist eine periodisch zu erstattende Geldleistung. Ohne gegenteilige Festlegung ist sie lebenslänglich. Aus diesem Grunde wurde ihr vom Bundesgericht auch die passive Vererblichkeit zuerkannt ⁸⁵. — Wie die Praxis beweist, sind diese Renten oft gefährdet, sei es durch den schlechten Willen des Pflichtigen oder seine wirkliche Zahlungsunfähigkeit. Der Richter tut daher gut, in den meisten Fällen die Sicherstellung der Rentenansprüche anzuordnen ⁸⁶. Diese kann in Form von Bürgschaft, durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren oder durch Verpfändung von beweglichen Sachen erfolgen.

V. Der Genugtuungsanspruch nach Art. 151, Abs. 2

Art. 151, Abs. 2, lautet: Liegt in den Umständen, die zur Scheidung geführt haben, für den schuldlosen Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse, so kann ihm der Richter eine Geldsumme als Genugtuung zusprechen.

Wir haben es mit einem Anwendungsfall von Art. 28 ZGB zu tun und können auf die diesbezüglichen Kommentare verweisen. Sonst bleiben die Voraussetzungen dieselben wie bei Art. 151, Abs. 1. Nur liegt hier nicht ein materieller Schaden vor, sondern, wie das Gesetz sagt, eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse. Es handelt sich um eine Entschädigung für sog. tort moral. Für deren Bemessung besteht insofern eine Besonder-

⁸² Siehe hierüber VI.

⁸³ Vgl. Egger, Art. 153, Nr. 2.

⁸⁴ Es ist ein Irrtum, wenn man annimmt, nur die Rente nach Art. 152 sei eine Unterhalts- oder Bedürftigkeitsrente. Die Entschädigungsrente nach Art. 151, Abs. 1, ist zwar meistens nicht eine reine Unterhaltsrente, da sie auch noch andere Vermögensverluste entschädigt, sie kann aber eine bloße Unterhaltsrente sein.

⁸⁵ Vgl. Weiss Nr. 1258.

⁸⁶ Vgl. Weiss Nr. 1147. — Gmür, Art. 153, Nr. 3.

heit, als das Vermögen des schuldlosen Gatten nicht berücksichtigt wird. Im übrigen ist es aber auch hier dem freien richterlichen Ermessen überlassen, die „Schwere“ der Verletzung zu beurteilen. Das Gesetz verlangt ausdrücklich eine „schwere“ Verletzung der persönlichen Verhältnisse; denn schließlich kann jede Vermögenseinbuße eine gewisse Verletzung der persönlichen Verhältnisse bedeuten. Gemeint ist hier vor allem seelisches Unrecht, welches der unschuldige Gatte erlitten hat, indem seine ideellen Auffassungen über die eheliche Gemeinschaft enttäuscht wurden durch ein schweres ehewidriges Verhalten seines Partners, wie dies z. B. beim Ehebruch der Fall ist.

Entgegen der Auffassung Grendelmeyers⁸⁷ kann nur der schuldige Gatte zu einer Genugtuungsleistung verpflichtet werden. Indem das Gesetz von einem schuldlosen berechtigten Ehegatten spricht, setzt es auf der andern Seite einen schuldigen Teil voraus. Es wäre anders gar nicht denkbar, da ja nur ein schweres Verschulden auch eine schwere Verletzung der Persönlichkeit begründen kann.

VI. Der Unterhaltsanspruch nach Art. 152 ZGB

Art. 152 lautet: Gerät ein schuldloser Ehegatte durch die Scheidung in große Bedürftigkeit, so kann der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag an dessen Unterhalt verpflichtet werden.

Im Verhältnis zu Art. 151 ist Art. 152 nicht als eine einschränkende Bestimmung anzusehen, sondern als eine ergänzende, die nur dort Platz greift, wo auf Grund von Art. 151 keine Zuwendungen an den schuldlosen Gatten ausgesprochen werden können⁸⁸. Dies ist dann der Fall, wenn die Ehe infolge tiefer Zerrüttung geschieden wird, beide Ehegatten als schuldlos erscheinen und der eine durch die Scheidung in Bedürftigkeit geraten ist.

Nach Art. 151 kann nur der schuldige Teil zu Entschädigungen verpflichtet werden, nach Art. 152 aber auch der schuldlose Teil. Dieser soll seinen ehemaligen Lebensgefährten aus einer Notlage befreien, indem er ihm, je nach seiner Leistungsfähigkeit, einen größeren oder kleinern Betrag an die Unterhaltskosten entrichtet. Auch hier haben wir es mit einem familienrechtlichen Unterstützungsanspruch zu tun, der aus Billigkeitsgründen und als Folge der ehelichen Gemeinschaft gewährt wird⁸⁹. Dabei liegt der Schwerpunkt nicht mehr auf dem Verschulden, welches im Sinne von Art. 151 zuerst entscheidet, ob überhaupt eine Entschädigung am Platze ist. Vielmehr spielt das Verschulden hier nur insofern eine Rolle, als auf Seite des Bedürftigen Schuldlosigkeit vorausgesetzt wird.

Meines Erachtens ist der Begriff des Verschuldens gemäß den Art. 151 und 152 etwas streng ausgefallen. Vor allem sollte die Bedürftigkeitsrente auch auf den Fall des beidseitigen Verschuldens anwendbar sein. Bei gemeinsamem Verschulden hat der durch die Scheidung in Bedürftigkeit geratene Gatte keinen Anspruch auf eine Unterhaltsrente, auch wenn der andere Gatte noch so vermögend ist. Diese Regelung kann zu außerordentlichen Härten führen. In der Praxis finden wir denn auch keine einheitliche Auslegung und Anwendung dieser Bestimmungen, was indessen bei den späteren Abänderungsprozessen die größten Schwierigkeiten verursacht. Man kann es den Gerichten aber nicht übel nehmen, wenn sie bestrebt sind, diese strengen Verschuldensbegriffe zu lockern. Meistens tun sie es aus Billigkeitsgründen, oft allerdings auch aus dem Grunde, die

⁸⁷ Grendelmeyer, S. 45.

⁸⁸ BGE 60 II 394.

⁸⁹ Vgl. Egger, Art. 152, Nr. 1.

Gefahr einer armenrechtlichen Unterstützungspflicht abzuwenden. Vorwerfen kann man den Gerichten, daß sie seltsamerweise ihre Arbeit durch eigene Nachlässigkeit erschweren. In der Mehrzahl aller Fälle unterlassen sie es nämlich, im Urteilsdispositiv anzugeben, um was für eine Rente es sich handelt. So ist für den Abänderungsrichter später kein Anhaltspunkt darüber vorhanden, ob die Rente gemäß Art. 151 unabänderlich oder gemäß Art. 152 und 153, Abs. 2, abänderlich ist. Die größte Schwierigkeit ergibt sich hiebei bei den sog. gemischten Renten. Diese werden dann festgesetzt, wenn die Entschädigung gemäß Art. 151 nicht ausreicht, um die Bedürftigkeit zu decken⁹⁰. Dies ist ohne weiteres möglich, die beiden Renten können nebeneinander bestehen, obwohl vielfach die irrige Ansicht vertreten wird, daß beim Vorliegen eines Verschuldens die Inanspruchnahme von Art. 152 gar nicht mehr nötig sei, da die ganze Rente unter den Bereich des Art. 151 falle. Das trifft eben nicht zu. Eine Rente gemäß Art. 151 darf nur bis zur Höhe der „angemessenen Entschädigung“ ausgesprochen werden. Damit ist aber nicht gesagt, daß diese angemessene Entschädigung in jedem Falle hinreichend ist, die entstandene Bedürftigkeit zu überbrücken. Hier soll dann Art. 152 zu Hilfe kommen. Die Gerichte halten sich aber meistens nicht an diese wichtige Unterscheidung, sondern setzen kurzerhand eine Pauschalrente fest, deren rechtliche Bedeutung nicht ersichtlich ist und den Abänderungsrichter vor schwierige Probleme stellt, die leicht vermeidbar gewesen wären.

Diese Nachlässigkeit der Gerichte und die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sucht man oft damit zu entschuldigen, daß die gesetzlichen Bestimmungen unvollständig seien. Wir werden im letzten Abschnitt dieser Arbeit auf diesen Einwand näher eingehen und nehmen hier nur vorweg, daß von einer Unvollständigkeit kaum die Rede sein kann. Hingegen kommt man nicht umhin, die gesetzliche Regelung als etwas unklar zu bezeichnen. Dies vor allem deswegen, weil das Wort „Unterhalt“ nur im Marginale von Art. 152 ausgedrückt wurde, obwohl die meisten Unterhaltsrenten eben auf Art. 151 beruhen. Die Unterscheidung zwischen Unterhaltsrenten gemäß Art. 151 und 152 muß und darf den Gerichten aber zugemutet werden.

Die „Bedürftigkeit“ wird im Sinne von Art. 328 ZGB ausgelegt⁹¹, wobei auch hier zwischen der Ehescheidung und der Lage des Bedürftigen ein Kausalzusammenhang bestehen muß⁹². Der Richter prüft nicht nur die gegenwärtige Lage, sondern auch die Möglichkeiten der Weiterexistenz. Bedürftigkeit liegt dann vor, wenn die Erwerbsfähigkeit dauernd eingeschränkt ist und das Vermögen nicht auf die zu erwartende Lebenszeit hinaus zur Bestreitung des Lebensunterhaltes ausreicht⁹³. — In der Regel wird die Unterhaltsrente nach Art. 152 auf Lebenszeit festgesetzt. Aber auch vorübergehend angeordnete Bedürftigkeitsrenten werden nicht selten angeordnet; im Normalfall ist das aber nicht nötig, da gemäß Art. 153, Abs. 2, ohnehin die Möglichkeit einer spätern Abänderung gegeben ist, wenn die Voraussetzungen das Bestehen der Rente nicht mehr rechtfertigen. Nicht abänderlich ist der Anspruch aus Art. 152, wenn er in Form einer Kapitalsumme festgesetzt wurde. Diese Form kommt auch hier vor, bildet aber nicht die Regel; denn die Bedürftigkeit soll nur solange gedeckt werden, als sie besteht. Eine Kapitalsumme kann vorher aufgebraucht sein, und umgekehrt bedeutet sie eine Bereicherung des Berechtigten, falls die Bedürftigkeit schon nach kurzer Zeit wegfällt. Daher entspricht die Rentenform am besten dem Billigkeitsprinzip des Bedürftigkeitsanspruches.

⁹⁰ Vgl. Pra 24, Nr. 40 und 32, Nr. 200. — Gmür, Art. 152, Nr. 1

⁹¹ Egger, Art. 152, Nr. 2. — ZBJV 78, S. 527.

⁹² BGE 67 II 2. In diesem Entscheid wurde eine Bedürftigkeitsrente verweigert, da die zur Bedürftigkeit führende Geisteskrankheit schon vor der Ehe bestanden habe.

⁹³ Pra 29, Nr. 32.

2. Teil

Die Anwendung von Art. 153 ZGB

1. KAPITEL

Die verfahrensmässige Grundlage

I. Allgemeines

Beim Abänderungsverfahren besteht kein öffentliches Interesse mehr, wenn wir vom öffentlichen Interesse absehen, welches für jede zu lösende Rechtsfrage Gerechtigkeit verlangt. Es ist auch keine allzu große Gefahr vorhanden, die Möglichkeit der Abänderung zu mißbrauchen; denn das Gesetz hat selbst umschrieben, wann die Voraussetzung zur Abänderung gegeben ist. Wir haben es mit einem gewöhnlichen Zivilprozeß zu tun, welcher sich nach den Regeln der kantonalen Prozeßordnungen abspielt. Es handelt sich um ein vom Scheidungsverfahren losgelöstes, neues Verfahren, ganz im Gegensatz zur Regelung der Nebenfolgen bei der Eheauflösung, wo ein einziges und einheitliches Verfahren vorliegt. Dieser Unterschied zeigt seine entscheidenden Wirkungen bei der Abklärung des Gerichtsstandes des Abänderungsprozesses.

Nur den geschiedenen Ehegatten selbst, nicht auch ihren Erben, kommt die Sachlegitimation zu. Die Rechtswirkung von Art. 153, Abs. 1, tritt ja von Gesetzes wegen, also überhaupt ohne Prozeß ein, wenn die Voraussetzungen (Wiederverheiratung oder Tod) gegeben sind. Und bei Art. 153, Abs. 2, geht es um die Abänderung der Unterhaltsrente gemäß Art. 152, welche nicht vererblich ist⁹⁴. Mit dem Ableben einer Partei findet sie ebenfalls ihr Ende und kann nicht mehr Gegenstand eines Abänderungsprozesses sein. Die Erben des Berechtigten können lediglich einen ausstehenden Rentenbetrag noch geltend machen, wozu aber kein Abänderungsverfahren nötig ist. — Ferner ist nach Art. 153, Abs. 2, nur die zur Leistung verpflichtete Partei befugt, den Antrag auf Abänderung zu stellen.

Ein Abänderungsurteil im Sinne von Art. 153, Abs. 2, ist durch Berufung bis ans Bundesgericht weiterziehbar. Hierbei wirkt es sich aus, daß der Abänderungsprozeß im Gegensatz zur Regelung der Nebenfolgen bei der Scheidung als ein neues und selbständiges Verfahren betrachtet wird: Jene Regelung ist ein Bestandteil des Scheidungsurteils und teilt dessen Schicksal; infolgedessen kann die Festsetzung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen ans Bundesgericht weitergezogen werden, ohne daß ein Streitwert von 4000 Fr. notwendig ist, da dieser Regelung in Verbindung mit dem ganzen Scheidungsverfahren nicht nur vermögensrechtlicher Charakter zukommt. Anders beim Abänderungsverfahren: Weil es ein selbständiges Verfahren ist und ein prozessualer Zusammenhang mit der Scheidung nicht besteht, kann ihm nur vermögensrechtlicher Charakter zugeschrieben werden. Daher ist denn auch ein Streitwert von mindestens 4000 Fr. erforderlich, will man ein Abänderungsurteil an das Bundesgericht weiterziehen.

II. Der Gerichtsstand des Abänderungsverfahrens

1. Die örtliche Zuständigkeit im internen Recht

Die Erörterungen und Entscheide in Literatur und Judikatur, in welchen von der Gerichtsstandsfrage beim Abänderungsverfahren die Rede ist, beziehen sich zum größten

⁹⁴ Vgl. 2. Kapitel I, Ziff. 3 und 4.

Teil auf die Abänderung gemäß Art. 157 ZGB. Dieser Artikel bietet die Möglichkeit der Neuregelung der Eltern- und Kinderrechte, sofern sich die Verhältnisse seit der Urteilsfällung im Ehescheidungsprozeß geändert haben. Auch hier handelt es sich also um die Abänderung eines Scheidungsurteils hinsichtlich der Nebenfolgen. Wohl ist der Gegenstand der beiden Abänderungen nicht derselbe, doch in prozessualer Hinsicht haben wir ein analoges Verfahren vor uns. Entsprechend dürfen wir auch die Ausführungen und Entscheide über die Gerichtsstandsbestimmung des Art. 157 unsern Betrachtungen zugrunde legen, da sie für beide Abänderungsverfahren in gleicher Weise Gültigkeit besitzen⁹⁵.

Bevor das Bundesgericht diese Gerichtsstandsfrage löste, bestanden darüber ganz verschiedene Auffassungen. Das mußte naturgemäß zahlreiche Kompetenzkonflikte zur Folge haben, die sich sowohl auf interkantonal- als auch auf international-privatrechtlichem Gebiet äußerten. Die Uneinigkeit ergab sich daraus, daß weder Art. 157 noch Art. 153 einen Hinweis auf den Gerichtsstand enthält. Man war sich im Unklaren darüber, ob der Bundesgesetzgeber diese Ordnung selbst vornehmen oder ob er sie den Kantonen überlassen wollte.

Verschiedene Kantone waren der Meinung, der Gerichtsstand von Art. 157 und 153 sei bundesrechtlich geregelt und erließen keine eigenen Bestimmungen. Doch war die Gerichtsstandsfrage damit noch nicht eindeutig beantwortet, da nach Bundesrecht sowohl der Gerichtsstand am Wohnsitz der klagenden Partei gemäß Art. 144 ZGB als auch derjenige des Scheidungsrichters in Frage kommen kann, je nachdem man das Abänderungsverfahren als selbständigen Prozeß oder als eine Ergänzung des Scheidungsurteils auffaßt.

Andere Kantone glaubten sich gestützt auf Art. 64, Abs. 2, BV zu einer eigenen Regelung kompetent und nahmen diesbezügliche Gerichtsstandsbestimmungen in ihren Einführungsgesetzen auf⁹⁶. Dabei wurde der Gerichtsstand je nach dem kantonalen Prozeßrecht verschieden geregelt. So ergaben sich für das gleiche Abänderungsverfahren in den verschiedenen Kantonen verschiedene Gerichtsstände, was interkantonale Kompetenzkonflikte nach sich zog, wenn die geschiedenen Gatten den Wohnsitz wechselten.

Ein solcher Kompetenzkonflikt veranlaßte das Bundesgericht am 29. September 1916 zum ersten Male zu einer Stellungnahme⁹⁷. Dabei stellte es fest, daß zur Lösung der streitigen Gerichtsstandsfrage zuerst einmal abgeklärt werden müsse, inwiefern das Abänderungsverfahren in Zusammenhang mit dem Scheidungsprozeß stehe.

Ein gewisser Zusammenhang kann nicht bestritten werden. Es handelt sich ja um die Aenderung von Nebenfolgen, welche im Scheidungsurteil festgesetzt wurden und ohne Scheidung also gar nicht bestanden hätten. Die Regelung der Nebenfolgen gehört zum Scheidungsverfahren und fällt in den Bereich der Gerichtsstandsbestimmung des Art. 144 ZGB. Auch ein sog. Nachverfahren, in welchem nachträglich noch Nebenfolgen geregelt werden, untersteht ja dem Scheidungsrichter. All dies mag die Annahme nahe legen, daß wir es mit einer Wiederaufnahme des Scheidungsprozesses zu tun haben. In diesem Falle hätte der frühere Scheidungsrichter über das Begehren nach Art. 157 und 153 zu entscheiden.

Jene Annahme hält aber einer nähern Betrachtung nicht stand. Wohl besteht in sachlicher Hinsicht ein Zusammenhang, nicht aber in prozessualer. Gerade prozessuale Fragen sind hier jedoch entscheidend. Daher erklärt das Bundesgericht, man habe es mit einem neuen Verfahren zu tun. Das prozessuale Rechtsverhältnis der Parteien bei der

⁹⁵ Vgl. ZBJV 63, S. 574. — SJZ 24, S. 218.

⁹⁶ St. Gallen, Art. 69 EG. — Zürich, § 12 EG.

⁹⁷ BGE 42 I 330 ff.

Scheidung findet mit dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils sein Ende. Das Ergebnis des Abänderungsprozesses nach Art. 153 oder 157 berührt das Scheidungsurteil nicht im geringsten in bezug auf die Scheidung selbst. Daher ist kein zwingender Grund vorhanden, den Scheidungsrichter für die Abänderung der Nebenfolgen als zuständig zu erklären. Als Begründung kann auch nicht eingewendet werden, daß die Regelung jener Nebenfolgen dem Scheidungsrichter oblag. Dies würde der Tendenz widersprechen, das Scheidungsverfahren so rasch und endgültig als möglich zu erledigen. Wäre nämlich der Scheidungsrichter zur Abänderung befugt, so würde dies eine Wiederaufnahme des Scheidungsprozesses und eine vermehrte Aufwühlung der alten Streitigkeiten bedeuten, auch wenn es an sich ja nur um die Abänderung der Nebenfolgen ginge. — Die Zuständigkeit des Scheidungsrichters ist aber nicht nur in rechtlicher Hinsicht nicht gegeben, sondern auch aus praktischen Erwägungen zu verneinen. Vor allem eignet er sich nicht besser zur Abänderung als irgend ein anderer Richter. Das Scheidungsurteil basiert auf den damaligen Verhältnissen, das Abänderungsverfahren aber beruht ja gerade auf einem Wechsel in den damaligen Verhältnissen, und für diesen muß der Beweis erbracht werden. Die Würdigung dieses Beweises und die Prüfung der neuen Lage stellt nun für jeden Richter die gleiche Aufgabe. Man denke auch an den Fall, wo die Parteien die Festsetzung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen schon einmal oder sogar mehrere Male durch einen Parteivergleich abgeändert haben. Hier würden die Verhältnisse bei der Scheidung nicht einmal in Betracht fallen, da nur die Aenderung der Lage zwischen dem letzten Vergleich und der Anhebung der Klage berücksichtigt wird. — Ferner werden die Abänderungsklagen oft erst viele Jahre nach der Scheidung eingereicht. In den meisten Fällen würde ihre Beurteilung daher ohnehin wohl nicht mehr an die gleiche Richterpersönlichkeit fallen. Ein weiteres praktisches Hindernis bestände auch in dem in der Praxis häufig vorkommenden Fall, wo eine oder beide Parteien nach der Scheidung den Wohnsitz wechseln. Es wäre nun sehr umständlich, wenn diese zur Durchführung des Prozesses an den alten Wohnort reisen müßten. Zudem handelt es sich ja nicht nur um die alten Verhältnisse, sondern vor allem gelangen die neu vorliegenden Verhältnisse zur Beurteilung. Hiefür aber ist der Scheidungsrichter gerade weniger geeignet als der Richter am Wohnsitz der beklagten Partei, da jener wegen des Wohnsitzwechsels der Parteien deren neue Verhältnisse nicht so gut kennen kann. — Diese rechtlichen und praktischen Gründe haben das Bundesgericht im angeführten Entscheid bewogen, den Wohnsitz der beklagten Partei als den Gerichtsstand für Abänderungen von Scheidungsurteilen festzusetzen⁹⁸. Der Scheidungsrichter kommt also nicht in Frage, da es sich nicht um das Wiederaufleben des alten Scheidungsprozesses handelt. Dieser hat mit dem rechtskräftigen Urteil sein Ende gefunden, wir haben es nun mit einem neuen, selbständigen Verfahren zu tun.

Für ein neues Verfahren sprechen noch weitere Gründe, welche auch zur Ablehnung der Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz der klagenden Partei führen und damit den Bereich des Art. 144 ZGB für das Abänderungsverfahren nicht zulassen. Der außerordentliche Scheidungsgerichtsstand gemäß Art. 144 bezieht sich auf die Scheidung als solche. Ihr will der Staat — wie wir oben gesehen haben — seinen besondern Rechtsschutz zu-

⁹⁸ SJZ 36, S. 239: „Klagen betreffend Aufhebung oder Aenderung von Ehescheidungsrenten sind beim Richter des Wohnsitzes der beklagten Partei anzubringen. Eine abweichende Regelung der örtlichen Zuständigkeit durch die Parteien ist wirkungslos.“

Vgl. ferner Weiss, Nr. 1293. — Egger, Art. 153 Nr. 7. — SJZ 28, S. 39, 40, S. 87. — ZBJV 72, S. 526/27, 82, S. 433. — Gmür, Art. 153, Nr. 15. —

kommen lassen. Nur ein Institut von großer Bedeutung kann auch einen besondern Gerichtsstand begründen. Dabei fällt nun aus notwendigen Ursachen die Regelung der Nebenfolgen ebenfalls in die Kompetenz des Scheidungsrichters. Die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage erfaßt auch die Nebenfolgen. Schon oben wurde aber gezeigt, wie diese Nebenfolgen, vor allem die vermögensrechtlichen Fragen, stark in den Bereich der parteilichen Selbstbestimmung rücken. Niemals kann daher eine spätere Abänderung einen Sondergerichtsstand rechtfertigen. Dies wäre nur dann möglich, wenn wichtige sachliche Gründe, welche eng mit der Scheidung verbunden sind, vorliegen würden. Doch auch dies trifft nicht zu. Höchstens die Parteien können bei den beiden Verfahren die gleichen sein. Der geltend gemachte Anspruch oder zumindest seine Bedeutung für die Parteien und für die Öffentlichkeit deckt sich in den beiden Prozessen aber auf keinen Fall. Bei der Scheidung geht es hauptsächlich um die Trennung des ehelichen Bandes, das Interesse der Ehegatten steht im Vordergrund. Art. 144 ZGB dient zum Schutz des klagenden Gatten. Bei der Abänderungsklage dagegen werden die Begleiterscheidungen der Ehescheidung, die Nebenfolgen, zum Hauptgegenstand. Bei der Neuregelung der Eltern- und Kinderrechte beachtet der Richter lediglich das Interesse der Kinder, während bei der Rentenabänderung gemäß Art. 153 nur ein materielles Moment den Streitgegenstand bildet. — So besteht lediglich ein gewisser sachlicher Zusammenhang der beiden Verfahren, dem aber niemals so große Bedeutung zukommt, daß er den Sondergerichtsstand der Ehescheidung begründen könnte.

So sprechen sowohl rechtliche als auch praktische Ueberlegungen für den allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Partei. Das Bundesgericht hat ihn auch in mehreren Entscheiden als maßgebend erklärt⁹⁹. Da nun aber der Abänderungsprozeß eben kein neuer Prozeß über eine Scheidungsfolge ist und damit keinen neuen Scheidungsprozeß i. w. S. darstellt, entspricht der allgemeine Gerichtsstand am besten den Anforderungen einer Neuregelung der Nebenfolgen. Auf diese Weise wird an dem Orte über die streitigen Rechtsbeziehungen entschieden, an welchem sie bestehen¹⁰⁰.

Mit dieser Bestimmung hat das Bundesgericht eine bundesrechtliche Kollisionsnorm geschaffen zur Vermeidung von interkantonalen Kompetenzkonflikten. Diese Kollisionsnorm wurde aber von den Kantonen wiederum auf verschiedene Art ausgelegt. Einige anerkannten ihren Wirkungskreis nur für interkantonale Verhältnisse, während andere Kantone sie auch für innerkantonale Beziehungen als verbindlich erklären. So ließen die §§ 11 und 12 des zürcherischen EG zum ZGB dem Kläger die Wahl, entweder am Wohnsitz des Beklagten zu klagen oder sein Begehren dem Scheidungsrichter vorzulegen. In Bern war allein der Scheidungsrichter zuständig, in Solothurn der Richter am Wohnsitz der klagenden Partei. Aus einem Entscheid des waadtländischen Kantonsgerichtes vom 21. September 1927 geht hervor, daß im innerkantonalen Verhältnis eine prozessuale Vorschrift, wonach die Klage auf Abänderung eines Scheidungsurteils beim Scheidungsrichter anzubringen ist, ungeachtet der gegenteiligen bundesgerichtlichen Praxis, verbindlich sein soll¹⁰¹.

⁹⁹ BGE 42 I 333. Bestätigt und ergänzt in BGE 46 II 337, 61 II 28. —

Anderer Ansicht ist Stauffer, S. 52 ff. Er ist der Auffassung, daß die Nebenfolgen auch in einem Abänderungsverfahren den Gerichtsstand des Hauptanspruches teilen müssen und nicht nur dann, wenn sie gleichzeitig mit diesem zur Beurteilung stehen. Es handle sich immer um Scheidungsnebenansprüche, deren innere Rechtsnatur in beiden Fällen die gleiche sei.

¹⁰⁰ Vgl. zu diesen Ausführungen auch: Michel, S. 67 ff., Seeger, S. 213 ff., Schwander, S. 114/15, Grendelmeyer, S. 154. —

¹⁰¹ Vgl. Weiss, Nr. 1384. — SJZ 24, S. 360. —

Es ist verständlich, daß das Bundesgericht einer solchen innerkantonalen Praxis skeptisch gegenüberstand und diese dann auch in einem Entscheid der Wirkung der früher getroffenen Kollisionsnorm unterstellte. Hierzu zwingt allein schon der verwerfliche Zustand, daß ein Kanton in der gleichen Sache zwei verschiedene Meinungen vertritt, indem er sich in interkantonalen Fragen dem Bundesgericht fügt und im innerkantonalen Verhältnis seinen Bestimmungen eine widersprechende Ansicht zu Grunde legt. Solche Zustände können die Rechtssicherheit gefährden. Das Bundesgericht bereitete ihnen daher ein Ende und erklärte den allgemeinen Gerichtsstand auch für innerkantonale Abänderungsklagen als allein maßgebend¹⁰². Es führt dazu aus, daß eine kantonale Gerichtsstandsnorm, welche auf der Einheit von Scheidungsprozeß und Aenderungsbegehren gemäß Art. 157 und 153 ZGB beruht, dem Bundesrecht widerstreitet. Dieses trenne das Abänderungsverfahren vom Scheidungsprozeß ab. Es gehe nicht an, daß eine kantonale Norm das Aenderungsverfahren gewissermaßen als Nachtrag dem Scheidungsverfahren angliedere und auf diese Weise den Umfang von Art. 144 ZGB erweitere. Eine solche kantonale Bestimmung würde auf eidgenössisches Rechtsgebiet übergreifen und dem eidg. Recht auch in materieller Hinsicht widersprechen.

Die Stellungnahme des Bundesgerichts wurde nicht von allen Kantonen ohne weiteres hingenommen. Indessen scheint uns dessen Ansicht berechtigt zu sein und am besten den praktischen Anforderungen zu entsprechen. Sie hat sich denn auch bewährt, indem die folgende Praxis bis heute von weitem derartigen Gerichtsstandskonflikten verschont blieb.

2. Die örtliche Zuständigkeit im internationalen Privatrecht

Das Bundesgericht konnte seinen Standpunkt, daß die Klage auf Abänderung eines Scheidungsurteils am Wohnsitz der beklagten Partei erhoben werden muß, auf international-privatrechtlichem Gebiet nicht konsequent durchführen. Eine solche Haltung hätte zu viele Benachteiligungen und Unbilligkeiten nach sich gezogen. Man denke z. B. an den Fall, wo der Inhaber der elterlichen Gewalt seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt. Der die Abänderung begehrende Teil wäre gezwungen, die Klage am ausländischen Wohnsitz des Beklagten anzubringen. Dabei würde er Gefahr laufen, daß sich jene Gerichte als unzuständig erklären oder daß das fremde Recht solche Abänderungsverfahren gar nicht kennt. Der Kläger würde in einem solchen Falle rechtlos bleiben, da er sein Begehren nirgends anbringen könnte. Solche ungerechte Verhältnisse könnten dem aus der Scheidung Berechtigten geradezu die Möglichkeit geben, seinen Wohnsitz aus dem einzigen Grunde ins Ausland zu verlegen, um einer eventuellen Abänderungsklage zu entgehen.

Allein schon dieser Fall läßt ein Abweichen von der Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes als gerechtfertigt erscheinen. International-privatrechtliche Fragen verlangen eben oft eine Sonderbehandlung, wobei die Lösung nicht immer der internen Rechtsauffassung entsprechen kann. Es machen sich hier auch die Gesetze anderer Staaten geltend, welche meistens mehr oder weniger andern Richtlinien folgen als das schweizerische Recht. Einer diesbezüglichen Uebereinkunft und Regelung liegen denn auch nicht immer rechtlich konsequente Gedanken zu Grunde, da das Schwergewicht bei der Ordnung solcher Verhältnisse vor allem in praktischen Ueberlegungen zu suchen ist. Das BG hat grundsätzlich wohl an seiner Rechtsauffassung über den Abänderungsgerichts-

¹⁰² BGE 46 II 337.

stand festgehalten, aber da Ausnahmen gestattet, wo das Verfahren international-privatrechtliche Fragen aufwirft.

Gemäß dem internen Standpunkt hat unser oberstes Gericht einen Zusammenhang zwischen dem Scheidungs- und dem Abänderungsverfahren verneint. Letzteres ist ein neuer Prozeß, bei welchem der Kläger auf den allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Partei angewiesen ist. Würde man hier konsequent vorgehen, so müßte man für internationale Gerichtsstandsfragen den Art. 28 NAG verwenden. Dieser Artikel bestimmt, daß Schweizer im Ausland nur dann dem Recht und dem Gerichtsstand des Heimatkantons unterstehen, wenn sie nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht nicht unterworfen sind. Wann letzteres zutrifft, ist aber nicht so leicht zu bestimmen, man denke z. B. an Italien, welches die Ehescheidung überhaupt nicht kennt. Unter Anwendung von Art. 28 NAG wäre nur eine höchst unbefriedigende Lösung gewonnen. Sie würde schon zahlreiche und schwierige Vorfragen stellen, bis man nur wüßte, ob die Schweizer in dem betreffenden ausländischen Staate auch dessen Recht unterstehen. Und wo dies der Fall ist, befände man sich in der bedenklichen Situation, daß ein schweizerischer Kläger dem Beklagten ins Ausland nachreisen müßte, um dort ein schweiz. Urteil abändern zu lassen!¹⁰³ Wie das Bundesgericht ausführt, würde es auch seltsam berühren, daß die Justizhoheit eines Staates, dessen Gericht ein Urteil erlassen hat, vor der Justizhoheit eines fremden Staates zurücktreten soll, wenn über die Frage der Abänderung jenes Urteils zu entscheiden ist¹⁰⁴.

Die praktische Situation verbietet es also offensichtlich, zur Lösung des internationalen Gerichtsstandskonfliktes Art. 28 NAG als Grundlage zu gebrauchen. Das Bundesgericht hat dies auch erkannt und bestimmt, daß der Richter am Wohnsitz des klagenden Schweizerbürgers zuständig sein soll¹⁰⁵. — Damit, und zwar im Gegensatz zu der internen Rechtsauffassung, bejaht es aber auch einen Zusammenhang zwischen Scheidungs- und Abänderungsverfahren¹⁰⁶. Denn es hat diese Regelung dem Art. 7 g NAG unterstellt und zwar aus den gleichen Zweckmäßigkeitsgründen, auf welchen Art. 144 ZGB beruht¹⁰⁷.

Das Bundesgericht legt seiner Regelung folgende Erwägungen zu Grunde: Obwohl es sich bei der Abänderung um ein neues Verfahren handle, stehen eben doch die Scheidungsfolgen in Frage und es gehe um die Scheidung im weiteren Sinne. Gemäß Art. 7 g, Abs. 2, NAG unterstehe somit auch die Abänderung von Scheidungsurteilen dem schweiz. Recht, sofern kein Staatsvertrag eine andere Regelung begründet¹⁰⁸.

Es muß zugegeben werden, daß diese Haltung des Bundesgerichts in der Tat unkonsequent ist. Allein, sie läßt sich nicht umgehen und kann im übrigen begründet werden, ohne daß allzu sehr darauf gepocht werden muß, daß das Bundesgericht für international-privatrechtliche Verhältnisse nun plötzlich einen Zusammenhang zwischen den beiden Verfahren sehe. Nur insoweit sieht es ja einen Zusammenhang, als es sich eben um Nebenfolgen der Scheidung handelt. Zudem wurde ein gewisser sachlicher Zusammenhang nie bestritten. Nach wie vor verneint das Bundesgericht aber die vollkommene

¹⁰³ Vgl. Solothurn, OG v. 22. VIII. 22, abgedruckt in SJZ 20, S. 197.

¹⁰⁴ BGE 51 II 109.

¹⁰⁵ Vgl. ZBJV 62, S. 436 und 177, 63 S. 574, 72 S. 526.

¹⁰⁶ Vgl. Michel, S. 73.

¹⁰⁷ Art. 7 g, Abs. 1 und 2, NAG lauten:

Abs. 1: ein im Ausland wohnender schweizerischer Ehegatte kann eine Scheidungsklage beim Richter seines Heimatkantons anbringen.

Abs. 2: Die Scheidung erfolgt in diesem Falle ausschließlich nach schweiz. Recht.

¹⁰⁸ BGE 51 II 96.

Identität des Anspruches in den beiden Prozessen, sonst hätte es ja das Abänderungsverfahren dem Scheidungsrichter unterstellt. Es hat aber den Richter am Wohnsitz der klagenden Partei als zuständig erklärt. Derjenige am Wohnsitz der beklagten Partei kann gar nicht in Frage kommen, da sich der Beklagte im Ausland aufhält. Man kann daher diese Auslegung auch so begründen, daß es sich weniger um einen Zusammenhang der beiden Verfahren handle, als um eine Erweiterung des Bereiches von Art. 144 ZGB. Durch das Heranziehen von Art. 7 g NAG und Art. 144 ZGB wurde durch das Bundesgericht nicht nur eine Lösung getroffen, welche das schweiz. Rechtsempfinden nicht mehr verletzt, sondern sie erhielt dadurch auch eine gesetzliche Norm als Grundlage (Art. 7 g NAG).

Im weitem können auch noch praktische Gründe angegeben werden, welche für die Regelung des Bundesgerichts sprechen. Vor allem fällt dabei die Fähigkeit des Richters in Betracht. Es steht sicherlich außerhalb jeder Diskussion, daß der schweiz. Richter für solche Prozesse viel besser geeignet ist als der ausländische. Es gelangen ja schweiz. Normen zur Anwendung, welche dem einheimischen Richter vertraut sind. Man denke auch daran, daß die Möglichkeit einer spätern Abänderung bei der Festsetzung einer Rente auf deren Höhe mitbestimmend war. Der ausländische Richter könnte solchen Richtlinien und unserer Gerichtspraxis nicht genügend Rechnung tragen. Oder man denke an die Abänderung der Eltern- und Kinderrechte, wo analog dem Scheidungsverfahren die Offizialmaxime herrscht. Es besteht an diesen Anordnungen ein weitgehendes öffentliches, sagen wir hier sogar schweizerisches Interesse. Es würde diesem widerstreben, sollte in diesen Fällen einem ausländischen Richter in der Anwendung fremden Rechtes die Entscheidung zustehen.

Meines Erachtens ist es daher verfehlt, wenn man dem Bundesgericht den Vorwurf einer unkonsequenten Haltung entgegenhält. Es sprechen genügend Gründe für diese Haltung, ob sie nun unkonsequent erscheinen mag oder nicht. Wir haben es eher mit einer Ausnahme zu tun, welche die Regel bestätigt¹⁰⁹.

Entsprechend den oben angeführten Erwägungen bestehen in der Praxis für die verschiedenen Fälle folgende Lösungen: Im Vordergrund steht der Fall, wo die Ehe von zwei Schweizern durch ein schweiz. Urteil geschieden wurde, worauf der aus der Scheidung begünstigte Teil, d. h. der Rentenberechtigte oder der Inhaber der elterlichen Gewalt, die Schweiz verlassen hat. Der in der Heimat verbliebene Gatte kann sein Abänderungsbegehren an seinem schweizerischen Wohnsitz geltend machen¹¹⁰. Dies trifft auch dann zu, wenn der ehemalige Gatte ein Ausländer ist und nach der Eheauflösung wieder im Ausland seinen Wohnsitz genommen hat. Dasselbe gilt sogar auch dann, wenn beide Parteien Ausländer sind und der Beklagte seinen schweizerischen Wohnsitz aufgegeben hat. Der in der Schweiz verbliebene Ausländer kann die Klage an seinem Wohnsitz rechtshängig machen¹¹¹. Nur wenn beide ausländischen Parteien die Schweiz verlassen haben, steht ihnen kein schweiz. Klageforum mehr offen.

Etwas anders liegen die Verhältnisse, sobald beide schweiz. Parteien nach der Scheidung einen ausländischen Wohnsitz begründen. Hier unterliegen die Beteiligten nach wie vor der Wirkung von Art. 28 NAG, d. h. nur dann kann die klagende Partei ihr Begehren in der Heimat des Beklagten anbringen, wenn sie nicht dem ausländischen Rechte ihres Wohnsitzes unterstellt ist. Es ist zwar möglich, die allfällige Zuständigkeit des aus-

¹⁰⁹ Vgl. ferner Stauffer in SJZ 20, S. 371 ff. — Seeger in ZSRnF 48, S. 216 a. — Stauffer, S. 98 ff.

¹¹⁰ BGE 51 II 96.

¹¹¹ BGE 51 II 108. — SJZ 23, S. 163.

ländischen Richters zu umgehen, indem der Kläger in der Schweiz einen Wohnsitz begründet, vielleicht mit dem einzigen Zweck, in der Schweiz klagen zu können. Trotzdem ist diese Lösung recht unbefriedigend. Einmal ist es unangenehm für den Kläger, wenn er den ausländischen Wohnsitz aufgeben muß, um in der Schweiz ein Klageforum zu begründen. Im andern Fall entstehen komplizierte Zuständigkeitsfragen, vor allem, wenn die beiden Parteien in zwei verschiedenen ausländischen Staaten wohnen und es sich um ein schweiz. Scheidungsurteil handelt. Es wäre einfacher, man würde auch hier Art. 7 g NAG analog anwenden, indem man den schweiz. Parteien im Ausland die Möglichkeit gäbe, nicht nur die Scheidung, sondern auch die Abänderung von Scheidungsurteilen in der Schweiz zu verlangen. Es könnte ja hiefür die gleiche Begründung gegeben werden, welche dafür maßgebend war, um dem in der Schweiz verbliebenen Kläger die Klage an seinem schweiz. Wohnsitz zu ermöglichen. Schon dort hat man sich auf Art. 7 g NAG berufen. Es wäre gerecht, wenn man diese Erleichterung auch dem Schweizer zubilligte, welcher sich im Ausland aufhält. Mit andern Worten: jedes schweiz. Scheidungsurteil sollte auch in der Schweiz abgeändert werden können, wenn wenigstens einer Partei die schweiz. Nationalität zusteht. Als Gerichtsstand käme der letzte schweizerische Wohnsitz des Klägers in Frage. Dabei sollte es keine Rolle spielen, ob nur eine oder beide Parteien ihren Wohnsitz im Ausland haben. Eine solche Lösung könnte unseres Erachtens den Bestimmungen im ZGB am besten entsprechen. Sicherlich wird das Bundesgericht diese Regelung, welche es eigentlich schon aufgestellt hat, noch ausdrücklich bestätigen, wenn sich die Gelegenheit dazu bieten wird. Auch das zürcherische Obergericht hat diesen Schritt schon gewagt, indem es in der schon vorliegenden bundesgerichtlichen Praxis die Begründung hiefür gefunden hat¹¹².

III. Die Abänderung von Ehescheidungsurteilen in ihrer Beziehung zur Rechtskraft des Urteils

Die Rechtswissenschaft hat sich seit jeher mit der Frage befaßt, inwieweit veränderte Umstände einen Einfluß haben auf Rechtsbeziehungen, deren Grundlage sich auf Tatsachen stützt, welche vor der Veränderung bestanden haben. Würde es nicht starren Formalismus bedeuten, wenn das Gesetz auf der Geltungskraft dieser einmal eingegangenen Rechtsbeziehungen beharrte? Kann es blind an diesen veränderten Lebensverhältnissen vorbeigehen oder hat es ihnen in gebührender Weise, nach Treu und Glauben, Rechnung zu tragen? Das Gesetz selbst mag gut sein und gut bleiben, aber die auf Grund dieser Norm getroffene Einzelregelung sieht sich vielleicht plötzlich andern Verhältnissen gegenüber, denen sie nicht mehr gerecht wird. Diese Regelung kann zu einer harten Unbilligkeit werden, will man an der eingegangenen Rechtsbeziehung festhalten, ohne die neue Lage zu berücksichtigen. Dieser Fall trifft auch für den Tatbestand unseres Art. 153 ZGB zu. Man kann

¹¹² Aus dem in der SJZ 35, S. 362 ff. zitierten Entscheid ist zu entnehmen:

„Jedenfalls ist der heimatliche Gerichtsstand dem Auslandschweizer dann zur Verfügung zu stellen, wenn, wie hier, das Scheidungsurteil von einem schweizerischen Gericht gefällt wurde, und wenn keine Gewähr dafür besteht, daß ein ausländischer Abänderungsentscheid zu erlangen sein wird. Es ist nicht einzusehen, warum ein Ausländer in der Schweiz in dieser so wichtigen Frage durch das schweizerische Recht besser geschützt sein sollte als ein Schweizer im Ausland; warum das zugunsten des ersteren vom Bundesgericht anerkannte Domizilprinzip (BGE 51 II 108) mehr Kraft äußern sollte als zugunsten des Auslandschweizers das mit Bezug auf die Ehescheidung im Gesetz verankerte (subsidiäre) Heimatprinzip.“

sich geradezu fragen, ob ein Schuldner noch zur Leistung verpflichtet ist, wenn sich das ursprüngliche Leistungsverhältnis um ein Mehrfaches verschoben hat¹¹³?

Der Gesetzgeber versucht wenn immer möglich, solchen Härten mit mildernden Einschränkungen zu begegnen. Einen allgemeinen Erlösungsgrund von Obligationen infolge veränderter Umstände kennen wir im schweiz. Recht aber nicht. Wo der Gesetzgeber nicht selbst eine Lösung gab, hat der Richter nach Treu und Glauben zu entscheiden.

1. Die Clausula rebus sic stantibus

Nach dieser Lehre findet sich in jedem Vertrag der stillschweigende Vorbehalt oder die Klausel, daß der Vertrag nur solange gelten soll, als die Verhältnisse, unter denen er abgeschlossen wurde, keine wesentliche Aenderung erfahren¹¹⁴. Nach Oftinger wird dadurch das Prinzip bezeichnet, nach welchem dann nicht mehr auf der vertragsgemäßen Erfüllung beharrt werden darf, wenn es gegen die ökonomischen Grundlagen und gegen Treu und Glauben verstieße¹¹⁵. Die Clausula rebus sic stantibus ist jedoch mit vielen Nachteilen behaftet. Sie macht ein Ereignis zur Bedingung, das man nicht voraussehen konnte, das unbestimmt ist. Ein unsicheres, unbestimmbares Moment ist damit in den Vertrag aufgenommen und wirft einen Schatten auf die Vertragssicherheit. Diese Klausel ist in der Tat das Gegenstück zur Vertragstreue und daher ein gefährliches Institut. Wiederholt hat sie denn auch im Völkerrecht, wo sie hauptsächlich zur Anwendung gelangt, dazu gedient, um sich eines unbequemen Vertrages zu entledigen. —

Die schweiz. Praxis hat diese Klausel nur unter außerordentlichen Umständen gelten lassen und lediglich als einen Notbehelf betrachtet, der äußerst vorsichtig zu handhaben ist. So führt v. Tuhr geradezu an, daß man sich neuerdings überhaupt ohne diese Fiktion behelfe mit der Erwägung, daß der Grundsatz der Vertragstreue im höhern Prinzip von Treu und Glauben seine Schranken finden muß¹¹⁶. Auch das Bundesgericht läßt die Anwendung dieser Klausel nur ganz ausnahmsweise zu, dann nämlich, wenn eine außerordentliche, nicht voraussehbare und derart erhebliche Leistungserschwerung vorliegt, daß die Vertragserfüllung fortan für den Schuldner eine ruinöse Last bedeuten würde¹¹⁷.

¹¹³ Auch Walther Burckhardt berührt diese Frage in seinem Buch „Methode und System des Rechts“, S. 100: Die Schwankungen der Währung mancher Staaten haben die Gerichte vielfach vor die Frage gestellt, ob diese veränderten Umstände von Bedeutung seien für die Verbindlichkeiten aus bestehenden Verträgen, und man hat die Frage häufig so gestellt: ob die neuen Umstände die bestehenden Verträge oder Verpflichtungen aufheben oder abändern. Das ist nach naturwissenschaftlicher Methode gefragt. Der Vertrag ist nicht ein Körper, der gemäß dem Gesetz der Trägheit bleibt wie er ist, bis ihn ein späterer Vorgang abändert, sondern er ist eine verbindliche Anordnung, welche verbindlich ist, solange und sofern ein ausreichender Grund dafür vorhanden ist. Ob das der Fall ist oder in einem bestimmten Zeitpunkt noch der Fall ist, ist aber nicht die Frage nach einer kausal-genetischen Veränderung in der Zeit sondern nach einem vernünftigen Grund.

¹¹⁴ Vgl. Schlageter, S. 41.

¹¹⁵ Vorlesung OR, allg. Teil, Winter-Semester 45/46 von Prof. Oftinger, Zürich.

Es können folgende Voraussetzungen in Frage kommen:

1. Eine objektive Außerordentlichkeit der Umstände, wie sie infolge Krieg, Krise oder großen Währungsschwankungen entstehen können. Eine bestellte Ware kann z. B. nicht mehr beschafft werden.
2. Ein übermäßiges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung oder Rückleistung. Die Ware kann z. B. viel teurer geworden sein.
3. Es kann eine Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners durch Beharren auf dem Vertrage stattfinden.

¹¹⁶ Vgl. v. Tuhr, S. 565.

¹¹⁷ BGE 48 II 451.

Die Clausula rebus sic stantibus darf also keine große Rolle spielen, wenn veränderte Umstände auftreten. Sie kann höchstens dazu benutzt werden, die rechtliche Situation zu umschreiben. Um aber der unbilligen Wirkung veränderter Verhältnisse zu begegnen, ist dem Richter im Prinzip von Treu und Glauben eine genügende Waffe zur Verfügung gestellt. Diesem, in Art. 2 ZGB verankerten Grundsatz, hat der Richter seine Erwägungen darüber, wann Rechtsmißbrauch vorliegt und inwieweit eine Aufhebung oder Abänderung des Vertrages zulässig ist, zu Grunde zu legen. Man ist nun aber trotzdem versucht, die Abänderung von Ehescheidungsurteilen dem Billigkeitsprinzip der Clausula rebus sic stantibus zu unterstellen. Jedoch meines Erachtens zu Unrecht: Die Clausula rebus sic stantibus bezieht sich lediglich auf das Vertragsleben und kann mit der Abänderung von Urteilen nicht unter eine Decke gebracht werden. Sie bezieht sich sogar nur auf zweiseitige Verträge, indem sie einer Partei bei veränderten Umständen den Rücktritt vom Vertrag ermöglicht. Auch eine Konvention ist — wie wir schon früher dargelegt haben — kein privatrechtlicher Vertrag, der ein neues Rechtsverhältnis schafft. Sie ist nur ein Antrag hinsichtlich der Regelung der Scheidungsnebenfolgen und beruht auf Rechten und Pflichten, deren Ordnung schon im Gesetz vorgesehen ist (Art. 151 und 152). In der Folge wird die Scheidungskonvention, genau wie die richterliche Festsetzung der Nebenfolgen, ein Bestandteil des Scheidungsurteils. Hier tritt uns die Rechtskraft des Urteils entgegen, welche durch die Clausula rebus sic stantibus nicht erschüttert wird¹¹⁸. Ganz abgesehen davon würde dies eine viel zu große Erweiterung des Wirkungsbereichs der Klausel bedeuten. Diese soll ja nach der Schweiz. Praxis nur in außerordentlichen Fällen eine gewisse Bedeutung haben, keinesfalls aber jeden Vertrag treffen. Sonst wären jene Abänderungsklagen des Gesetzes nicht einmal nötig gewesen. Auf keinen Fall dürfen wir daher die Abänderbarkeit von Scheidungsurteilen mit der Clausula rebus sic stantibus rechtfertigen. Wir haben sie rechtlich auf andere Weise zu begründen.

2. Die Rechtskraft des Urteils

Das rechtskräftige Urteil bildet den Abschluß des Prozesses. Es ist der Entscheid der angerufenen staatlichen Organe über eine streitige Rechtsbeziehung, welcher aus der Anwendung der abstrakten Normen des objektiven Rechts auf den konkreten Einzelfall hervorgeht. Es liegt nun im Interesse der Rechtssprechung, diesen Entscheid, das Urteil, verbindlich zu gestalten. Der Prozeß soll mit ihm seinen endgültigen Abschluß finden, auch wenn das Urteil der materiellen Rechtslage nicht entsprechen sollte. Denn es wurde alles getan, um das Urteil nach menschlichem Ermessen und Vermögen gerecht entstehen zu lassen. Selbst wenn es unrichtig sein sollte, muß an seiner Geltung festgehalten werden, ansonst die Rechtssicherheit gefährdet wäre. Das Urteil setzt an Stelle des bestrittenen ein unbestreitbares Recht¹¹⁹. Dies rührt daher, daß die Rechtssicherheit, als eines der größten Rechtsgüter, und nicht die Gerechtigkeit im Zivilprozeß die Hauptrolle spielt. Der Rechtssicherheit wegen hat man dem Urteil die sog. Rechtskraft verliehen. Diese läßt nicht zu, daß über den gleichen Streitgegenstand noch einmal der Richter angerufen

¹¹⁸ Gegenteilig ist Ansicht Michel, S. 32/33. —

Ebenso Brandenberger, S. 34. Er führt dort aus, daß die Clausula rebus sic stantibus ein Bestandteil des familienrechtlichen Vertrages sei und immer Anwendung finden könne, ganz gleichgültig, welcher Art der Entstehungsgrund der Forderung sei, ob es sich nun um einen Entschädigungs-, Genugtuungs- oder Unterhaltsanspruch handle. —

Unseres Erachtens widerspricht eine solche Stellungnahme geradezu dem Gesetz, welches ja die Renten gemäß Art. 151 als unabänderlich wissen will.

¹¹⁹ Burckhardt, Einführung, S. 129.

werden kann. Dies ist die materielle Rechtskraft, welche zugleich mit der formellen eintritt. Die formelle Rechtskraft oder die Rechtskraft überhaupt entsteht, wenn gegen das gesetzlich eröffnete Urteil kein ordentliches Rechtsmittel gegeben oder die Rechtsmittelfrist unbenutzt abgelaufen ist oder wenn das eingelegte Rechtsmittel behandelt wurde¹²⁰. Die formelle Rechtskraft zieht also die Unanfechtbarkeit des Urteils nach sich. Die Parteien sind an dasselbe gebunden, der Berechtigte kann es bei Nichterfüllung vollstrecken lassen.

3. Der Einfluß der Abänderungsklage auf die Rechtskraft des Urteils

Auch dem Ehescheidungsurteil kommt die Rechtskraft zu. Man kann sich daher fragen, weshalb die Abänderungsklage trotzdem möglich ist?

Die Begründung hiefür kann nur in der positiven gesetzlichen Regelung gefunden werden. Der Gesetzgeber sagt, wann die Wirkung eines so wichtigen Institutes, wie es die Rechtskraft ist, untergeht. Mit dieser Möglichkeit, welche er nur für äußerst wenige Fälle vorsieht, versucht er, dem Leben gerecht zu werden, um ein Urteil für den Verpflichteten nicht zu einer untragbaren und ungewollten Last werden zu lassen. So unerschütterlich die Rechtskraft auf der einen Seite sein muß, um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, so wenig darf sie auf der andern Seite das materielle Recht in unbilliger Weise beeinflussen. Ein Recht, das sich nicht anzupassen weiß, das nicht den konkreten Lebensverhältnissen entspricht, ist eben kein richtiges Recht.

Der Wunsch nach einer Anpassung stellt sich bei den Nebenfolgen der Ehescheidung in ganz besonderer Weise. Ihre urteilsmäßige Regelung stützt sich auf die Verhältnisse bei der Scheidung. Wohl versucht man die zukünftige Lage zu berücksichtigen, doch hat man es hier mit unbestimmten, nicht berechenbaren Ereignissen zu tun. Die Wirkung des Urteils aber, die Verpflichtung zu einer Rente auf der einen, die Berechtigung zu derselben auf der andern Seite, erstreckt sich in diese ungewisse Zukunft. Wie leicht ist es möglich, daß sich diese anders gestaltet, als man voraussehen konnte. Andere Verhältnisse liegen plötzlich vor, auf Grund deren der Richter ein ganz anderes Urteil getroffen hätte. Wie unbillig und hart, müßte man am ersten Entscheid festhalten. — Der Gesetzgeber hat dies auch erkannt. Er nimmt auf diese Rechtsbeziehungen, welche aufs engste mit der Persönlichkeit der Beteiligten zusammenhängen, mit mildernden Bestimmungen Rücksicht, indem er die Aufhebung oder Abänderung des Urteils gestattet. Die Verbindlichkeit des Scheidungsurteils hinsichtlich der Nebenfolgen ist nur eine relative, sie ist beschränkt¹²¹.

Nur das Gesetz stellt also zur Beseitigung der Rechtskraft Mittel zur Verfügung. Ohne diese gesetzlichen Mittel kann man der Rechtskraft nichts anhaben. Als solche kommen die außerordentlichen Rechtsmittel, die Restitution und die Abänderungsklagen, in Frage¹²² (ZGB Art. 153, 157, 320). Letztere treffen für unsern Fall zu.

Nur durch das Abänderungsurteil wird die Rechtskraft eines Scheidungsurteils in bezug auf die Nebenfolgen beschränkt. Die Beschränkung an und für sich wird zwar durch die veränderten Verhältnisse gefordert, doch diese allein können der Verbindlichkeit des Urteils nichts anhaben. Dies geschieht erst durch das neue Urteil, d. h. bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Abänderungsurteils bleibt das alte Urteil in Kraft. Das materielle Recht läßt hier eine Aenderung der Rechtslage nicht ipso iure, sondern nur durch ein neues rechtskräftiges Urteil eintreten¹²³.

¹²⁰ Matti, S. 1093.

¹²¹ Vgl. Brumann, S. 115 ff.

¹²² Vgl. Guldener, S. 252.

¹²³ Vgl. Guldener, S. 262, Anm. 46.

In Betracht kommt auch die Abänderung eines Scheidungsurteils durch einen Parteivergleich. Indessen wird hierdurch die Rechtskraft des Urteils nicht berührt; denn es ist natürlich nicht möglich, daß an der Rechtskraft durch die Parteien, ohne richterliches Mitwirken, gerüttelt wird. Daher kommt einem Vergleich nicht dieselbe Bedeutung zu wie einem richterlichen Aenderungsentscheid. Meines Erachtens besteht das Urteil weiter, wenn auch nur formal, ohne materiellrechtliche Bedeutung. Erst dann würde es aufgehoben, wenn der Pflichtige später den Vergleich zwecks Abänderung vor den Richter bringen würde. Dieses richterliche Urteil würde dann sowohl den Vergleich als auch die Rechtskraft des ersten Urteils aufheben.

Eine weitere Beschränkungsmöglichkeit steht dem Richter und den Parteien offen durch das Anbringen einer Rektifikationsklausel im Urteilsdispositiv¹²⁴. Dadurch kann beispielsweise die Wirkung von Art. 153, Abs. 2, auch auf eine Rente im Sinne von Art. 151 erweitert werden, welche sonst ihrem Wesen nach unabänderlich ist.

2. KAPITEL

Die Abänderung gemäss Art. 153, Abs. 1, ZGB

I. Der Einfluß der Wiederverheiratung und des Todes auf sämtliche Rentenarten

1. Bei Wiederverheiratung des Berechtigten

Art. 153, Abs. 1, lautet: Wird als Entschädigung, Genugtuung oder Unterhaltsbeitrag durch das Urteil oder durch Vereinbarung eine Rente festgesetzt, so hört die Pflicht zu ihrer Entrichtung auf, wenn der berechtigte Ehegatte sich wieder verheiratet. —

Wir sehen, daß dieser Fall einfach ist, indem das Gesetz eine klare Lösung bietet und uns damit von langen Erörterungen enthebt. Die Abänderung besteht in einem völligen Erlöschen der Ansprüche auf eine Rente, wenn sich der berechtigte, geschiedene Gatte wieder verheiratet¹²⁵. Es spielt keine Rolle, ob sich der Anspruch des Berechtigten auf eine reine Unterhaltsrente oder auf eine Entschädigungsrente oder auf eine Genugtuungsrente bezieht. Alle diese Leistungen beruhen eben auf der Auflösung der Ehe und dem damit verbundenen Schaden. Dieser fällt aber mit einer neuen Heirat dahin. Vor allem gilt dies für die Unterhaltsrente gemäß Art. 152, welche aus Billigkeitsgründen gewährt wird. In den weitaus meisten Fällen ist die Frau die Berechtigte. Durch die Wiederverheiratung hat sie im neuen Ehemann auch einen neuen Unterhaltspflichtigen gefunden. Bei den Renten gemäß Art. 151 wäre ein Fortbestehen ebenfalls nicht gerechtfertigt. Man könnte dann wirklich von einer Bereicherung sprechen. Auch würden die Beziehungen aus erster Ehe in vermehrtem Maße in die neue eheliche Gemeinschaft hineinspielen, was unter Umständen einen ungünstigen Einfluß ausüben könnte. Wiederum sind hier die Vorteile ersichtlich, wenn die Entschädigung in Form einer Kapitalsumme geleistet wird und damit ihre endgültige Erledigung findet.

Selbstverständlich steht es den Ehegatten frei, in einer Konvention eine andere Regelung vorzusehen¹²⁶. Sie können Art. 153, Abs. 1, ausschalten, indem sie ausdrücklich

¹²⁴ Vgl. Lanz: Die Einrede der angeurteilten Sache, ZSRnF 63, S. 249.

¹²⁵ Vgl. Egger, Art. 153, Nr. 3. — Gmür, Art. 153, Nr. 7. — Weiss Nr. 1270.

¹²⁶ Anderer Ansicht ist E. Hartmann, S. 57.

bestimmen, daß der Verpflichtete die Rente auch bei Wiederverheiratung des Berechtigten weiter zu entrichten habe oder vielleicht eine kleinere Rente. Oft enthält eine Parteivereinbarung auch die Bestimmung, daß eine Rente wieder aufleben soll, falls die neue Ehe geschieden wird ¹²⁷.

Nach schweiz. Recht wirkt die Eheungültigkeit ex nunc. Bis zum Zeitpunkt, in welchem durch ein richterliches Urteil eine Ehe als nichtig oder ungültig erklärt wird, gilt sie als voll rechtswirksam; dies entgegen dem Grundsatz, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft keine Rechtswirkungen zeitigen kann. Von Tuhr spricht von einem mit Mängeln behafteten, aber vorläufig gültigen Rechtsgeschäft, welches durch ein Urteil umgestoßen wird. Daraus geht hervor, daß eine Rente nicht wieder auflebt oder nachverlangt werden kann, wenn die zweite Ehe infolge eines Ungültigkeitsgrundes als nichtig erklärt wird. Die bloße Tatsache der Wiederverheiratung genügt, um alle Rentenansprüche untergehen zu lassen. Dadurch entstehen keine Härten; denn gemäß Art. 134, Abs. 2, ZGB kommt dem gutgläubigen Ehegatten ein Unterhaltsanspruch zu, wenn die Ehe nach Art. 132 ZGB als ungültig erklärt wird. Es handelt sich um die gleichen Ansprüche wie bei der Ehescheidung, und sie werden auch nach den gleichen Grundsätzen festgelegt. Ist der aus erster Ehe Berechtigte gutgläubig hinsichtlich der Ungültigkeit der zweiten Ehe, so stehen ihm also weiterhin seine Entschädigungs- und Unterhaltsansprüche zu. Nur die Person des Pflichtigen hat gewechselt. Je nach dessen finanzieller Lage ist es natürlich möglich, daß die ursprünglichen Leistungen eine Erhöhung oder Erniedrigung erfahren. — Der aus der ersten Ehe Verpflichtete aber ist mit dem Tag der Wiederverheiratung des Berechtigten endgültig befreit, er kann sogar zurückverlangen, was er allenfalls zum voraus und über den Hochzeitstag hinaus geleistet hat.

2. Bei Wiederverheiratung des Pflichtigen

Die Eingehung einer neuen Ehe durch den pflichtigen Teil dagegen bringt die Rentenleistung nicht zum Erlöschen. Die Wiederverheiratung kann zwar, wenn sie bei der Scheidung nicht voraussehbar war, als ein Rentenherabsetzungsgrund geltend gemacht werden, falls sich dadurch die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen derart verändert haben, daß er für die angesetzte Leistung nicht mehr aufkommen kann. Eine solche Aenderung fällt aber unter Art. 153, Abs. 2, und ist hier nicht näher zu erörtern ¹²⁸. An dieser Stelle sei nur noch erwähnt, daß unter Umständen und je nach dem Güterstand der neuen Ehe die Haftung für die Rentenleistungen sich auf den neuen Ehemann erstrecken kann, wenn die Ehefrau durch die Scheidung zur Rentenzahlung verpflichtet wurde.

3. Beim Tod des Berechtigten

Aus dem Wortlaut von Art. 153, Abs. 1, geht nicht direkt hervor, daß auch der Tod des Berechtigten das Erlöschen der Renten zur Folge hat. Indessen ist dies aus dem Sinn des Artikels klar ersichtlich. Zum mindesten besteht kein Zweifel, daß der Unterhaltsanspruch nach Art. 152 untergeht, wenn der berechtigte Teil stirbt. Dieser Billigkeitsrente kommt höchstpersönlicher Charakter zu, mit dem Tode des Berechtigten verliert sie ihren Zweck. Es besteht kein Grund, sie auf die Erben des Verstorbenen übergehen zu lassen. Auf einen andern Schluß könnte man leicht bei den Renten gemäß Art. 151 kommen, da diese als deliktische Schadenersatzansprüche auf dem Verschulden des Pflichtigen

¹²⁷ Vgl. Gmür, Art. 153, Nr. 8.

¹²⁸ Siehe 2. Abschnitt, 3. Kapitel III, 2.

beruhen. Allein, der Sinn dieser Renten liegt vorwiegend nicht auf einem Strafmoment, sondern sie sollen einen durch die Scheidung entstandenen Schaden so weit als möglich wettmachen. Auch sie haben höchstpersönlichen Charakter und sollen nicht aktiv vererblich sein, ansonst sich Dritte aus dem Zerfall einer Ehe bereichern könnten. Abschließend darf man daher sagen, daß alle Rentenleistungen mit dem Tode des Berechtigten erlöschen¹²⁹.

Anderer Ansicht ist Grendelmeyer¹³⁰, welcher auf Grund der allgemeinen Lehre über den Schadenersatz dem Entschädigungsanspruch die aktive Vererblichkeit zuschreibt. Nur den Genugtuungsanspruch läßt er durch den Tod des Berechtigten untergehen. Die Entschädigungsrente aber soll als eine zum Nachlaß gehörende Verbindlichkeit auf die Erben des anspruchsberechtigten Ehegatten übergehen. — Ich kann diesen Standpunkt nicht teilen. Meines Erachtens entspricht diese Meinung nicht dem Gesetz. Diesem kann nur Genüge geleistet werden, wenn man Art. 153, Abs. 1, analog auf den Tod des Berechtigten anwendet und die Rentenverpflichtung aufhebt. Läge die aktive Vererblichkeit im Sinne des Gesetzes, dann hätte es die Rente bei Wiederverheiratung des Berechtigten erst recht fortbestehen lassen. — Es könnte sich sogar der Fall ergeben, daß die Erben des schuldigen Teils an die Erben der berechtigten Partei Leistungen erbringen müßten. Dadurch würde eine endlose Verschleppung der Scheidungsbeziehungen entstehen. Auch wenn nur der Berechtigte stirbt, sollen jene Beziehungen ihr Ende finden, was für eine neue Ehe des Pflichtigen ebenfalls nur von Vorteil sein kann. Dieses Interesse geht unbedingt vor und entspricht der Tendenz, die Scheidungsfolgen so rasch als möglich aus der Welt zu schaffen.

Die Erben des berechtigten Gatten haben nur insofern einen Anspruch, als sie den Pflichtigen für noch fällige Beträge belangen können. Dieser hat bis zum Todestag zu leisten, gleichgültig, um was für eine Rente es sich handelt.

4. Beim Tod des Verpflichteten

Für die Unterhaltsrente gemäß Art. 152 ergibt sich dieselbe Folge wie beim Tod des Berechtigten. Die Rente geht unter, die Erben des pflichtigen Teils können nicht belangt werden¹³¹. Nach schweiz. Recht sind grundsätzlich alle Unterhalts- und Unterstützungs-pflichten unvererblich. Auf der andern Seite steht den Erben des Pflichtigen gemäß Art. 63, Abs. 2, OR kein Rückforderungsrecht zu, wenn über den Todestag hinaus geleistet wurde. Es handelt sich um die Erfüllung einer sittlichen Pflicht.

Anders liegen die Verhältnisse bei der Entschädigungs- und Genugtuungsrente gemäß ZGB 151, auch wenn sie gleichfalls den Ersatz des entgangenen Unterhaltes bezwecken. Diese sind passiv vererblich. Die Begründung hiefür findet sich im Charakter der Renten, welche, soweit die Parteien keine andere Regelung getroffen haben, als lebenslänglich festgesetzt werden und nicht abänderbar sind¹³².

Zusammenfassend kann erwähnt werden, daß nur die Wiederverheiratung und der Tod des Rentenberechtigten eine abändernde Wirkung ausüben im Sinne von Art. 153, Abs. 1, indem der Anspruch auf die Rente, bzw. die Pflicht zu ihrer Leistung untergeht. Auf Seiten des Pflichtigen hat nur dessen Tod eine löschende Wirkung und zwar nur auf die Unterhaltsrente gemäß Art. 152, während die andern Rentenverpflichtungen auf die

¹²⁹ Egger, Art. 153, Nr. 4. — Gmür, Art. 153, Nr. 7.

¹³⁰ Vgl. Grendelmeyer, S. 53 ff.

¹³¹ Gmür, Art. 153, Nr. 9. — Egger, Art. 153, Nr. 4.

¹³² Vgl. die Ausführungen in 1. Teil, 3. Kapitel IV, 2, b.

Erben übergehen und damit nicht eigentlich abgeändert werden. Dem Berechtigten bleiben weiterhin seine bisherigen Ansprüche.

II. Der Einfluß der Wiederverheiratung und des Todes auf die Kapitalabfindung

Wie wir schon im ersten Abschnitt dargelegt haben, ist die Kapitalsumme die regelmäßige Form, um die Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung gemäß Art. 151 ZGB zu erfüllen. Sie ist in jeder Beziehung vorteilhafter als eine Rente und vermag auch dem Interesse des Berechtigten besser gerecht zu werden¹³³. Der Scheidungsprozeß findet ein für allemal sein Ende, die Möglichkeit einer spätern Wiederaufnahme der betreffenden Fragen durch ein Abänderungsverfahren ist nicht gegeben. So scheint es müßig zu sein, die Anwendung von Art. 153 auf die Kapitalabfindung zu erwägen. In der Tat kommt eine solche Anwendung für den Normalfall nicht in Frage, d. h., wenn die Entschädigungssumme vom Pflichtigen bezahlt wurde und an den Berechtigten gelangte. Mit diesem Moment sind die Beziehungen abgebrochen, weder Wiederverheiratung noch der Tod eines der beiden geschiedenen Gatten vermag hinsichtlich der entrichteten Abfindungssumme irgend eine Rechtswirkung unter den Parteien herbeizuführen.

In der Praxis trifft dieser Normalfall aber nicht immer zu. Die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen können derart sein, daß er nicht zu der einmaligen Bezahlung der Abfindungssumme angehalten werden kann, wohl aber zu ihrer ratenweisen Begleichung. Wir haben dann ein rentenähnliches Verhältnis vor uns, das aber nicht dieselben Rechtswirkungen wie die Rente äußert. Einer Rente kommt nicht der gleiche rechtliche Charakter zu wie der Kapitalsumme, obwohl beide dem gleichen Entschädigungsanspruch zu Grunde liegen. Der Unterschied tritt vorwiegend bei der Festsetzung der Ansprüche zu Tage. Die Rente zielt auf ein lange dauerndes, meist lebenslängliches Verhältnis, die Kapitalsumme auf eine sofortige Erledigung der Beziehungen. Dieser Vorteil wirkt herabsetzend auf die Höhe der Entschädigungssumme. Sie ist wirklich eine angemessene Entschädigung für den entstandenen Schaden und basiert nicht so sehr auf unbestimmten Ereignissen wie die Rente. Ist diese während langer Zeit zu entrichten, so bedeutet sie für den Pflichtigen eine viel größere Last als die einmalige Zahlung einer Kapitalsumme. Es ist daher nur gerecht, ihm die Milderungen des Art. 153, Abs. 1, zukommen zu lassen, was bei einer Abfindungssumme nicht der Fall ist. Diese Summe ist schon klein genug bemessen und beruht auf einem Schadenersatzanspruch obligationenrechtlichen Charakters. Der Berechtigte hat ein Recht auf die ganze Summe, ob er sich nun wieder verheiratet oder nicht. Auch wenn er stirbt, muß diese Summe geleistet werden. Es spielt auch keine Rolle, ob die Summe in einem Male oder in mehreren Raten entrichtet wird; denn es handelt sich ja nur um ein Entgegenkommen an den Pflichtigen, wenn seine Schuld in wenige periodische Leistungen aufgeteilt wird. — Hier kann man nun die allgemeinen Regeln über den Schadenersatz anwenden. Dementsprechend kommt sowohl der Kapitalsumme als auch deren Raten die aktive und passive Vererblichkeit zu¹³⁴. Es ist auch nicht von Bedeutung, ob die Abfindungssumme einem Entschädigungs-, Genugtuungs- oder sogar einem Unterhaltsanspruch gemäß Art. 152 zu Grunde liegt.

Sicherlich ist der vorliegende Fall in der Praxis selten. Immerhin ist es möglich, daß der Berechtigte stirbt oder sich wieder verheiratet, bevor der Pflichtige die Kapitalsumme

¹³³ Vgl. die Ausführungen unter 1. Teil, 3. Kapitel IV, 2.

¹³⁴ Vgl. Egger, Art. 153, Nr. 3a.

oder ihre sämtlichen Raten geleistet hat. Der Schuldner kann sich hier nicht auf Art. 153, Abs. 1, auch nicht per analogiam, berufen. Er muß die Abfindungssumme oder die fehlenden Raten leisten. Bei einem Todesfall würde die Pflicht zur Leistung, bzw. die Berechtigung auf den Anspruch, auf die Erben übergehen.

Abschließend sei noch die Verjährung erwähnt, welche ebenfalls zu einem Erlösungsgrund der Entschädigungsrente und der Kapitalabfindung werden kann. Die Kapitalsumme sowie der Stammanspruch auf eine Rente gemäß Art. 151 verjähren nach 10 Jahren (Art. 127 OR). Anders verhält es sich aber mit den einzelnen Rentenleistungen. Gemäß Art. 128, Ziff. 1, verjähren diese schon nach 5 Jahren. Der Fristenlauf beginnt hier mit der Fälligkeit jeder einzelnen Leistung, während sich die 10jährige Verjährungsfrist des Stammrechts von der Fälligkeit der ersten rückständigen Rente an bemißt¹³⁵ (Art. 131, Abs. 1, OR).

Diese Bestimmungen über die Verjährung gelten gemäß Praxis nicht für die Unterhaltsrente nach Art. 152 ZGB. Nach herrschender Auffassung unterliegt nämlich ein familienrechtlicher Unterstützungsanspruch nicht der Verjährung¹³⁶. Diese Ansicht findet indessen im Gesetz keine ausdrückliche Bestätigung und auch Art. 131 OR spricht gegen sie. Zudem kann man auch aus praktischen Gründen erklären, daß ein Bedürftigkeits- oder Unterhaltsanspruch ruhig verjähren darf, wenn der Berechtigte 10 Jahre keinen Gebrauch davon machte. Meines Erachtens sollte daher auch der Stammanspruch der Bedürftigkeitsrente nach 10 Jahren verloren gehen, genau wie derjenige der Entschädigungsrente. — Die einzelnen Renten des Stammanspruchs im Sinne von Art. 152 unterliegen in jedem Falle der Verjährung gemäß Art. 128, Ziff. 1, OR¹³⁷.

3. KAPITEL

Die Abänderung gemäss Art. 153, Abs. 2

I. Allgemeines

Art. 153, Abs. 2, lautet: „Eine wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente wird auf Verlangen des pflichtigen Ehegatten aufgehoben oder herabgesetzt, wenn die Bedürftigkeit nicht mehr besteht oder in erheblichem Maße abgenommen hat, sowie wenn die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen der Höhe der Rente nicht mehr entsprechen“.

In Art. 153, Abs. 2, stellt der Gesetzgeber die eigentliche Klage zur Verfügung, um die Rechtskraft des Scheidungsurteils zu durchbrechen. Diese Klage kann dann angestrengt werden, wenn die Regelung im Scheidungsurteil den ursprünglichen Zweck nicht mehr zu erfüllen vermag. Dies ist dann der Fall, wenn eine Veränderung in den Vermögensverhältnissen der Parteien vorliegt. Obwohl es keine Rolle spielt, welche Partei von dieser Veränderung betroffen wurde, ist nur jene zur Klage legitimiert, welcher die Pflicht zur Rentenleistung auferlegt wurde. Ebenso geht aus dem Wortlaut von Art. 153, Abs. 2, hervor, daß nur Bedürftigkeitsrenten gemäß Art. 152 der Abänderung unterliegen,

¹³⁵ Vgl. Guhl, OR, S. 212.

¹³⁶ Vgl. Oser, Kommentar, 2. Auflage, Art. 131 OR Nr. 3.

¹³⁷ Vgl. SJZ 34, S. 138 ff.

nicht aber solche Renten, welche sich auf Art. 151 stützen. Diese sind unveränderlich. Der Grund dieser Regelung findet sich im Charakter der verschiedenen Leistungen. Der Unterhaltsanspruch gemäß Art. 152 entsteht nur, wenn der unschuldige Gatte durch die Scheidung in Bedürftigkeit geraten ist. Diese Rente ist eine reine Alimentationsrente, sie beruht lediglich auf einem Billigkeitsprinzip. Die Voraussetzungen, Bedürftigkeit auf der einen, Leistungsfähigkeit auf der andern Seite, können sich verschieben oder wegfallen. Damit ist auch der Zweck der Rente nicht mehr gegeben. Die Herabsetzung oder Aufhebung des Anspruchs ist dann gerechtfertigt. Die Renten gemäß Art. 151 fußen dagegen nicht auf reiner Billigkeit, sondern es liegt ihnen das Prinzip des Schadenersatzes zu Grunde. Sie stellen einen angemessenen Ersatz für den durch die Scheidung entstandenen Schaden dar. Dementsprechend sind sie unabänderlich, auch wenn sich die Verhältnisse nachträglich ändern¹³⁸.

II. Die Voraussetzungen der Abänderung

1. Die Anhebung der Klage

Im Gegensatz zu Art. 153, Abs. 1, kann die Rechtswirkung von Art. 153, Abs. 2, nur auf Antrag der zur Klage legitimierten, pflichtigen Partei eintreten. Ohne den Antrag auf Abänderung, welcher das Verfahren ins Rollen bringt, findet kein Wechsel in den Beziehungen der geschiedenen Gatten statt, mögen sich die Verhältnisse noch so sehr geändert haben. Bei einer Wiederverheiratung des Berechtigten oder bei dessen Tod geht eine Rente *de iure* unter, d. h. ein richterliches Mitwirken ist nicht nötig: durch die bloße Tatsache der Wiederverheiratung wird der Pflichtige von seinen Leistungen entbunden. Hier aber konnte man nicht auf diese Weise vorgehen, so daß schon das Eintreten von veränderten Umständen die Leistungspflicht herabsetzen oder aufheben würde. Es wäre ein unhaltbarer Zustand, wenn der Pflichtige seine Leistungen nach eigenem Ermessen festsetzen könnte, sobald sich seine Vermögensverhältnisse verschlechtern. Hier muß das Ausmaß der neuen Verhältnisse gründlich erwogen werden. Diese Aufgabe soll dem Richter überlassen werden, es sei denn, die Parteien gelangen in einem Vergleich zu einer Einigung.

2. Die veränderten Verhältnisse.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann eine Bedürftigkeitsrente dann aufgehoben oder herabgesetzt werden, wenn die Bedürftigkeit abgenommen hat, nicht mehr besteht oder wenn die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen der Höhe der Rente nicht mehr entsprechen. Es liegen also zwei verschiedene Tatbestände vor, welche entweder mit der Person des Rentenzahlers oder derjenigen des Rentenempfängers verbunden sind. Diese beiden Tatbestände äußern sich stets in veränderten Verhältnissen. Ob sich die Bedürftigkeit vermindert oder die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen verschlechtert, immer ist das Eintreten neuer Umstände damit verbunden. Diese veränderten Verhältnisse sind nun die zweite Voraussetzung zur Abänderung eines Scheidungsurteils gemäß Art. 153, Abs. 2, ZGB. Ohne sie kann das Verfahren nicht mit Erfolg durchgeführt werden, da sie allein dieses überhaupt rechtfertigen, indem durch sie die Regelung im Urteil unbillig geworden ist und einer neuen Anordnung harrt. —

¹³⁸ Vgl. Weiss, Nr. 1272 und 1275. — Egger, Art. 153, Nr. 6. — Auf das Problem der Unabänderlichkeit wird im 3. Abschnitt noch näher eingegangen.

Damit wendet sich unser Interesse diesen veränderten Verhältnissen zu. Wir fragen uns, welcher Art sie sein müssen, um eine Abänderung der Ansprüche bewirken zu können? Die erste Frage dieser Untersuchung bezieht sich auf den zeitlichen Eintritt der neuen Ereignisse. — Bei der Regelung der Nebenfolgen im Scheidungsurteil sind jene Verhältnisse maßgebend, welche zur Zeit der Scheidung bestehen. Aber auch solche Ereignisse werden einbezogen, welche bei der Eheauflösung voraussehbar sind und die sich mit einiger Wahrscheinlichkeit in der Zukunft verwirklichen werden. Mit andern Worten, sämtliche Tatsachen spielen bei der Festsetzung einer Rente eine Rolle, welche dem Gericht zur Zeit der Urteilsfällung bekannt sind. Es gehört zur Pflicht der Parteien, dem Gericht alle Tatsachen mitzuteilen, vor allem aber jene, die später imstande sind, eine Abänderung des Urteils zu veranlassen. Diese können nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils nicht mehr geltend gemacht werden. Auch nicht jene Tatsachen, welche noch während der Rechtsmittelfrist zur Entstehung gelangen. Letztere dürfen einredeweise noch innert dieser Frist vorgebracht werden. — Der Sinn dieser zeitlichen Begrenzung ergibt sich aus dem wichtigen Scheidungsgrundsatz, daß die Ansprüche im Scheidungsurteil endgültig festgelegt werden. Nach Möglichkeit soll nach dem Eintritt der Rechtskraft diese Regelung unberührt bleiben. Daher beziehen sich die veränderten Umstände, die zur Durchführung einer Abänderung angerufen werden können, auf jene Zeit, welche nach Eintritt der Rechtskraft zu laufen beginnt. Der Zweck der Abänderung ist ja der, daß man neuen Verhältnissen gerecht werden will. Daher kan man nur solchen Ereignissen Rechnung tragen, welche bei der Scheidung weder bestanden haben, noch mit Bestimmtheit voraussehbar waren. In der Praxis ist diese Voraussehbarkeit allerdings nur in wenigen Fällen von Bedeutung; denn es geschieht selten, daß man mit Sicherheit etwas voraussehen kann. Man stellt meist einfach auf das Eintreten von tatsächlichen Ereignissen ab, welche die wirtschaftliche Situation einer Partei verändert haben.

An jene tatsächlichen Ereignisse werden aber auch gewisse Anforderungen gestellt. Das Vorliegen einer neuen Tatsache allein genügt nicht zur Abänderung der bisherigen Ansprüche. Eine Rente wäre allzu vielen Schwankungen ausgesetzt, wenn jede kleine Veränderung in der finanziellen Lage des Pflichtigen oder der Berechtigten eine Klage nach Art. 153, Abs. 2, begründen könnte. Gerade im Hinblick auf das wechselnde Geschehen im Leben wird die Rente ja von vornherein niedrig angesetzt. Die veränderten Verhältnisse haben daher „erheblich“ zu sein. Erheblich ist die Aenderung der Verhältnisse dann, wenn die Regelung im Urteil der neuen Lage nicht mehr entspricht und eine andere Entscheidung zwingend erfordert ¹³⁹.

Doch selbst eine erhebliche Veränderung vermag das Begehren noch nicht zu rechtfertigen. Die erhebliche Veränderung hat dauernd zu sein. Auf diese Weise will die Praxis verhindern, daß für jeden, wenn auch schweren, Unterbruch in den Einkommensverhältnissen die Abänderungsklage erhoben wird. Vorübergehende Schwankungen dürfen die Rente nicht beeinflussen ¹⁴⁰. Eine Aenderung soll durch den Richter z. B. nicht schon dann vorgenommen werden, wenn der Pflichtige seine Arbeitsstelle gewechselt hat und vielleicht ein paar Wochen arbeitslos geblieben ist; oder wenn er in der neuen Anstellung etwas weniger verdient, ohne daß schon feststeht, daß er den bisherigen Lohn nicht in kurzer Zeit wieder erreichen wird ¹⁴¹.

¹³⁹ BGE 43 II 476. — SJZ 40, S. 189. — Egger, Art. 153, Nr. 6.

¹⁴⁰ Egger, Art. 153, Nr. 7.

¹⁴¹ Vgl. SJZ 38, S. 381.

Auf der andern Seite ist es natürlich auch nicht nötig, daß die Verhältnisse sich fast ins Gegenteil gewendet haben. Der Pflichtige muß nicht selbst bedürftig geworden sein, um die Klage erfolgreich anstrengen zu können. Vielmehr ist die Entscheidung in das freie Ermessen des Richters gestellt, der darüber befindet, wann die veränderten Verhältnisse erheblich sind, dem Urteil nicht mehr entsprechen und eine Abänderung der Rente rechtfertigen. Man kann hier kein Schema aufstellen, sondern muß die Beurteilung der neuen Lage der Einfühlungsgabe des Richters überlassen. —

Die veränderten Verhältnisse beziehen sich also immer auf die finanzielle Lage. Stets beruht das Begehren um Abänderung einer Bedürftigkeitsrente auf der Verbesserung der ökonomischen Situation des Berechtigten oder der Verschlechterung der Lage des Rentenzahlers. Die Gründe oder Ereignisse aber, welche die Veränderung herbeiführen, müssen nicht unbedingt finanzieller Natur sein. Sie haben sich lediglich auf die wirtschaftliche Gesamtlage der Parteien auszuwirken. Als treffliches Beispiel kann hier die Wiederverheiratung des Pflichtigen angeführt werden. Schon oben haben wir gesehen, daß diese keine Rechtswirkung im Sinne von Art. 153, Abs. 1, äußert, indem dem Pflichtigen weiterhin die Entrichtung der Rente obliegt. Indessen kann sie zu einem Herabsetzungsgrund gemäß Art. 153, Abs. 2, werden. An sich ist eine Heirat zwar kein finanzielles Ereignis, es hat aber weitgehende finanzielle Auswirkungen. Vor allem entstehen dem Rentenzahler neue Unterhaltspflichten. Die Abänderung der Rente ist in diesem Falle dann gerechtfertigt, wenn die neuen familienrechtlichen Verpflichtungen die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen so schwer belasten, daß seine neue finanzielle Lage durch die Regelung im Urteil nahezu unerträglich wird und durch die Weiterbezahlung der bisherigen Rente die Familie in Mitleidenschaft gezogen würde¹⁴². Weiterhin kommt hier auch die schon erwähnte Voraussehbarkeit von bestimmten Tatsachen zur Geltung. Gemäß der Praxis kann der Pflichtige eine Veränderung seiner Verhältnisse infolge Wiederverheiratung nämlich dann nicht anrufen, wenn seine Heiratsabsicht schon bei der Scheidung bestanden hat und von ihm dem Gericht verschwiegen wurde¹⁴³. In Kenntnis einer bevorstehenden neuen Ehe hätte der Richter die Rente von vornherein tiefer angesetzt. Durch sein Still-schweigen hat der Pflichtige sein Klagerecht verscherzt, obwohl eine erhebliche Veränderung tatsächlich vorhanden wäre. Wenn es auch nicht leicht ist, die schon bei der Scheidung bestehende Heiratsabsicht nachzuweisen, so kommt dieser Fall doch vor, und ein Entscheid des zürcherischen Obergerichtes zeigt, daß gewisse Gerichte hier sehr streng vorgehen: Ein Begehren um Abänderung einer Bedürftigkeitsrente wurde abgewiesen, da keine Aenderung der Verhältnisse vorliege, weil der Kläger schon bei der Eheauflösung wußte, daß er sich in Kürze wieder verheiraten werde. So entschied allerdings nur die Vorinstanz. Das zürcherische Obergericht stellte sich hingegen auf den Standpunkt, daß es lediglich auf das Bestehen oder Nichtbestehen von veränderten Verhältnissen ankomme. Dabei sei davon auszugehen, welche Kenntnis das „Gericht“ von der zukünftigen Lebensgestaltung des Klägers habe. Das Obergericht ließ die Klage dann allerdings auch nicht zu, weil es sich nur um eine kleine und befristete Rente handelte und das Einkommen des Pflichtigen das Existenzminimum um 120 Fr. überstieg¹⁴⁴. — Meines Erachtens ist die Praxis, welche auf die Voraussehbarkeit einer Wiederverheiratung abstellt, zu hart. Man sollte eine Abänderung auf keinen Fall verweigern, wenn durch eine neue Ehe die Verhältnisse des Pflichtigen in weitem Maße eine finanzielle Erschwerung

¹⁴² Vgl. SJZ 36, S. 239.

¹⁴³ Vgl. Weiss, Nr. 1287 und 1288.

¹⁴⁴ Zürich. OG, I. Kammer, 9. Sept. 1944.

erfahren, ob nun die Heiratsabsicht schon bei der Scheidung bestanden hat oder erst nachher gefaßt wurde. Oft ist es für den Pflichtigen höchst unangenehm, während der Auflösung der ersten Ehe schon von der Eingehung der zweiten zu sprechen. Es kann nicht im Sinn der Bedürftigkeitsrente liegen, daß durch die Leistung dieses Billigkeitsanspruches auf der Seite des Pflichtigen ebenfalls eine an Bedürftigkeit grenzende Lage entsteht. Das wichtige Abänderungsverfahren sollte nicht von einem so unbestimmbaren Moment, wie es eine „Absicht“ darstellt, abhängig gemacht werden, sondern nur ökonomische Tatsachen sollen hier entscheiden. Daher ist die Praxis des zürcherischen Obergerichts zu begrüßen. —

Aus dem Beispiel der Wiederverheiratung ist auch ersichtlich, daß die veränderten Umstände auf seiten des Pflichtigen nicht unbedingt in einer Verschlechterung des Einkommens bestehen müssen. Sie können auch in einer Erhöhung seiner Ausgaben liegen. Aber nicht jede Mehrausgabe schlechthin gilt als Klagegrund. Nur unumgängliche und berechnete Mehrausgaben können den Richter zu einer Herabsetzung der Leistungen bewegen. — In weitem kann der Pflichtige auch Veränderungen anrufen, welche beim Berechtigten eingetreten sind und dessen Bedürftigkeit ganz oder teilweise beseitigt haben. Der Berechnete hat vielleicht eine Erbschaft angetreten, die ihn dauernd seiner finanziellen Sorgen entheben wird. Oder seine Gesundheit ist wieder so weit hergestellt, daß er den Unterhalt selbst verdienen kann. —

Abschließend sei noch auf ein paar besondere Fälle hingewiesen. Einmal werden oft Abänderungsgesuche gestellt infolge einer allgemeinen schlechten Wirtschaftslage. Diese Begründung genügt natürlich nicht. Vielmehr muß sich die Wirkung einer Krise, welche ja auch für den Berechneten spürbar ist, in den persönlichen Verhältnissen des Verpflichteten derart bemerkbar machen, daß ihm die bisherige Rentenleistung nicht mehr zugemutet werden kann. — Ferner darf auch eine Abwertung nicht als allgemeiner Herabsetzungsgrund gelten. Dieser Fall kommt in Betracht, wenn der Rentenempfänger im Ausland wohnt und der Schweizerfranken abgewertet wird oder wenn sich der Pflichtige in einem ausländischen Staate aufhält, welcher abgewertet hat. Der Richter hat dann die individuellen Verhältnisse des konkreten Einzelfalles zu prüfen. Dabei wird er den in der Schweiz verbliebenen Teil eher begünstigen. Auch wird er nach Möglichkeit danach trachten, daß der Berechnete weiterhin den vollen Anspruch erhält. Die Rente ist ja schon klein genug bemessen, und der Berechnete ist darauf angewiesen¹⁴⁵. Daher führt die Abwertung hier unter Umständen zu einer Erhöhung der Leistung des Pflichtigen. Diese muß man bejahen, obwohl eine Erhöhung des Anspruchs sonst grundsätzlich nicht möglich ist. Indessen handelt es sich, vom Standpunkt des Berechneten aus, eben nicht um eine Erhöhung seines Anspruchs, sondern nur um eine Erhöhung der Leistung des Verpflichteten, damit der Berechnete, welcher erst in zweiter Linie der Benachteiligte sein soll, seine bisherige Rente erhält. — Aber auch für den Fall, daß die Abwertung eine Begünstigung des Berechneten nach sich zieht, bietet sich damit für den Pflichtigen kein allgemeiner Herabsetzungsgrund. Er hat ja nicht mehr als bisher zu leisten, und dem Berechneten ist es nur zu gönnen, wenn er etwas mehr erhält. Nur dann kann die Abwertung zu einem Herabsetzungsgrund werden, wenn der Pflichtige dartut, daß der Berechnete auch mit einer kleineren Rente jeder Bedürftigkeit enthoben ist. Immer ist also die Beurteilung der individuellen Verhältnisse in Zusammenhang mit der Abwertung maßgebend, nicht die Abwertung allein.

Keine Herabsetzungsgründe bieten dem Pflichtigen im weitem einige Fälle, die vor-

¹⁴⁵ Vgl. SJZ 35, S. 36. — ZBJV 75, S. 141 ff.

wiegend durch besondere persönliche Verhältnisse charakterisiert sind. So kann er eine Reduktion nicht damit begründen, daß der Berechtigte vermögende Verwandte habe, welche ebenso gut wie er zu einem Beitrag verpflichtet werden könnten. Die Unterstützungspflicht der Verwandten gemäß Art. 328 ZGB hat nichts gemein mit dem Unterhaltsanspruch nach Art. 152 ZGB. Letzterer will die durch die Scheidung entstandene Bedürftigkeit decken. Es besteht kein Grund, zu diesem Zwecke noch weitere Unterstützungsmöglichkeiten heranzuziehen¹⁴⁶.

Ebenso kann sich der Pflichtige nicht auf ein allenfalls unsittliches Verhalten des Berechtigten berufen. Mit der Scheidung sind alle persönlichen Bande der Ehegatten zerschnitten, sie können in dieser Hinsicht keine Ansprüche mehr stellen. Die eheliche Treuepflicht besteht nicht mehr¹⁴⁷. Das persönliche Verhalten des Berechtigten spielt hier keine Rolle. Umgekehrt ist es ja auch nicht von Bedeutung, ob der Pflichtige z. B. seine Arbeitslosigkeit oder erlittene Vermögensverluste selbst verschuldet hat. Auch bei ihm stellt das Gesetz nur auf die effektive Leistungsfähigkeit ab, da es sich nur um rein vermögensrechtliche Ansprüche handelt. Daher kann auch er, solange seine Leistungsfähigkeit besteht, die Aufhebung oder Herabsetzung der Rente nur dann verlangen, wenn er nachweist, daß der Berechtigte überhaupt oder doch nicht mehr im bisherigen Umfange auf den Anspruch angewiesen ist.

III. Die Neuregelung durch den Richter

Liegt eine Klage auf Abänderung der in einem Scheidungs- oder Abänderungsurteil festgesetzten vermögensrechtlichen Nebenfolgen vor und hat sich der Richter von der Erheblichkeit der Veränderung der Verhältnisse überzeugt, so besteht seine weitere Aufgabe in der Neuansetzung des Rentenanspruches. Wir setzen hier natürlich voraus, daß es sich um eine herabsetzbare Unterhaltsrente gemäß Art. 152 ZGB handelt. Das ist auch der im Gesetz vorgesehene Normalfall. Wie der Richter vorgeht, wenn eine gemischte Rente oder sogar eine an sich unabänderliche Entschädigungsrente Gegenstand des Abänderungsbegehrens ist, soll im nächsten Abschnitt erörtert werden. Es ist hier aber zu betonen, daß die Erwägungen des Richters in bezug auf das Ausmaß der Herabsetzung dieselben sind, ob er nun eine reine Bedürftigkeitsrente oder eine gemischte Rente abändern muß. Bei der gemischten Rente besteht die Schwierigkeit darin, daß der Richter ihren herabsetzbaren Bedürftigkeitsteil oft nicht kennt. Weiß er aber, inwieweit die Rente einen abänderbaren Anspruch enthält, so wird er diesen gesondert behandeln, indem er ihn als eine einzige, herabsetzbare Unterhaltsrente betrachtet. — Im übrigen liegen der Entscheidung des Richters die gleichen Ueberlegungen zu Grunde, welche schon bei der Festsetzung der Nebenfolgen bei der Scheidung maßgebend waren. Wir können hiefür auf jene Darlegungen verweisen¹⁴⁸. Wiederum handelt es sich um eine genaue Ueberprüfung der gesamten ökonomischen Lage der beiden Parteien. Dabei stehen diesmal die Verhältnisse, wie sie zur Zeit des Abänderungsverfahrens vorliegen, zur Beurteilung. Immerhin hat man hier den Vorteil, daß man von den Rentenansätzen ausgehen kann, welche bei der Eheauflösung festgesetzt wurden. Es geht ja nur um ihre Abänderung; die Frage lautet hier nicht, wie hoch die Rente angesetzt werden soll, sondern unmittel-

¹⁴⁶ Vgl. SBJV 58, S. 594 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Egger, Art. 153, Nr. 6. — Seeger, S. 206 a. — SJZ 16, S. 87.

¹⁴⁸ Siehe die Ausführungen unter 1. Abschnitt, 3. Kapitel, III.

bar streitig ist, wie weit eine Herabsetzung der bestehenden Rente auf Grund der allgemeinen wirtschaftlichen Lage der Parteien gerechtfertigt ist.

1. Die Aufhebung der Rente

Der Grund zu einer endgültigen Aufhebung der Rente wird meistens in den Verhältnissen des Berechtigten zu suchen sein. Ihm wurde ein Unterhaltsanspruch aus Art. 152 ZGB gewährt, um seine durch die Scheidung entstandene Bedürftigkeit zu decken. Fällt diese Bedürftigkeit nun dahin, so kann er auch seinen Anspruch nicht mehr geltend machen. Dabei muß aber die Veränderung in den Verhältnissen des Berechtigten von solchem Ausmaß sein, daß er für den Rest seines Lebens offensichtlich der Bedürftigkeit enthoben ist. Die Gerichte verfahren sehr vorsichtig, wenn es um eine völlige Aufhebung geht. Man will dadurch vermeiden, daß der Berechtigte später dann doch noch vor dem Nichts steht und der Armenbehörde zur Last fällt. Im Zweifel wird der Richter daher nur die Suspendierung der Rente bewilligen¹⁴⁹. — Leichter ist die Frage zu lösen, wenn der Anspruch nur für eine bestimmte Dauer festgesetzt wurde. Hier vermag man besser zu entscheiden, ob eine eingetretene Veränderung die Bedürftigkeit solange beseitigen kann, als die Rente noch angedauert hätte.

Eine erhebliche Veränderung in den Verhältnissen des Pflichtigen soll grundsätzlich nicht zu einer endgültigen Aufhebung der Rente Anlaß geben. Selbst wenn seine Vermögensverhältnisse so schlecht sind, daß man ihn auch zu einer sehr geringen Rente nicht mehr verpflichten kann, soll der Richter nur eine vorübergehende Aufhebung der Leistung anordnen. Man weiß ja nie, ob der Pflichtige eines Tages wieder leistungsfähig sein wird. In diesem Falle soll der Berechtigte seinen Anspruch von neuem erhalten, vorausgesetzt, daß er noch darauf angewiesen ist. — Ist die Rente aber befristet, so wird man auch hier prüfen, ob die momentane Leistungsunfähigkeit des Pflichtigen voraussichtlich länger andauern wird als das noch bestehende Recht auf die Rente. Wird sie offensichtlich länger dauern, so hebt der Richter die Rente auf, andernfalls befreit er den Schuldner nur vorübergehend von der Leistungspflicht¹⁵⁰.

2. Die Herabsetzung der Rente

Eine erhebliche Veränderung auf der Seite des Pflichtigen tritt regelmäßig in Form einer Verminderung seiner Leistungsfähigkeit ein. Schwankungen in den Vermögensverhältnissen sind ja keine seltenen Erscheinungen. Daher wird auch bei der Mehrzahl aller Begehren um Abänderung eines Scheidungsurteils gemäß Art. 153, Abs. 2, die Höhe der Rente herabgesetzt.

Bei der Neuregelung wird der Richter nicht nur die veränderte Situation des Pflichtigen berücksichtigen, sondern auch die Lage des Berechtigten. Dies auf alle Fälle, wenn der Pflichtige sein Herabsetzungsbegehren mit einer verminderten Bedürftigkeit des Rentenempfängers begründet. Aber auch sonst könnte es ja zutreffen, daß sich die Bedürftigkeit etwas behoben hat. Das würde dem Richter gestatten, dem Wunsche des Klägers um Verminderung der Rentenleistung in erhöhtem Maße zu entsprechen. Immerhin sollten in erster Linie die Interessen des Berechtigten geschützt werden. Man kann

¹⁴⁹ Vgl. Weiss, Nr. 1283. — Brandenberger, S. 32.

¹⁵⁰ SJZ 27, S. 269.

hier aber keinen Maßstab aufstellen, da jeder Fall vom andern verschieden ist und auch verschieden behandelt werden muß¹⁵¹.

Um vorübergehenden veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen, steht dem Richter in der bedingten Herabsetzung ein treffliches Mittel zur Verfügung: Wohl setzt er die Rente herab, doch bringt er im Urteil die Klausel an, daß der Anspruch wieder in der ursprünglichen Höhe geltend gemacht werden kann, sobald die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen sich verbessert haben. Damit ist auch dem Rentenzahler besser geholfen, da die allfällige, aber doch nur sehr unsichere Besserung seiner Lage im Abänderungsurteil nicht berücksichtigt werden muß. Auf diese Weise kann die tatsächliche, im Moment der Abänderung bestehende Situation der beiden Parteien ausschließlich zur Beurteilung gelangen¹⁵², was ermöglicht, die Rente mehr herabzusetzen, als wenn die Rücksicht auf eine mögliche zukünftige Besserung der Vermögenslage des Pflichtigen die Herabsetzung bremsen würde. — Eine solche Regelung ist vor allem dann vorteilhaft, wenn die Dauer der vorübergehenden Verschlechterung der Leistungsfähigkeit des Schuldners oder der Verminderung der Bedürftigkeit des Berechtigten bestimmbar ist. Die Herabsetzung wird dann eben auch nur für diese Zeitdauer angeordnet. Nach dieser Zeit tritt die alte Regelung wieder ipso iure in Kraft. Sind die veränderten Verhältnisse hingegen zeitlich unbestimmbar, so wird auch die Rentenermäßigung auf unbestimmte Zeit ausgesprochen, d. h. für solange, bis der Pflichtige wieder erhöht in Anspruch genommen werden kann. Die Wiederinkraftsetzung der alten Rente erfolgt dann eben nur auf Antrag des Berechtigten. —

Meines Erachtens sollte es die Regel sein, daß der Richter eine Rektifikationsklausel anbringt, wenn er die Herabsetzung oder sogar Aufhebung der Rente infolge Leistungsunfähigkeit des Pflichtigen anordnet. In einer ungünstigen finanziellen Lage wird oft eine Herabsetzung begehrt. Falls dann eine Besserung eintritt und der Berechtigte immer noch bedürftig ist, kann dieser die für ihn wertvolle Rente nur dann wieder aufleben lassen, wenn ihn ein Berichtigungsvorbehalt dazu ermächtigt. Eine bedingte Herabsetzung widerspricht dem Sinn von Art. 153 ZGB nicht. Es ist ja gerade der Zweck dieses Artikels, die Bedürftigkeitsrente abänderbar und schmiegsam zu gestalten, damit sie den Verhältnissen beider Parteien angepaßt werden kann. Sind die neuen Verhältnisse nur vorübergehender Natur, so soll auch die Rentenänderung nur provisorisch festgesetzt werden¹⁵³.

3. Ist eine Erhöhung der Rente möglich?

Gerade weil Art. 153 ZGB veränderten Lebensbedingungen gerecht werden will, ist man versucht, die Unterhaltsrente auch einer Erhöhung zugänglich zu machen. Indessen

¹⁵¹ Ein Entscheid des zürcherischen Obergerichtes mag dem Leser hier ein Bild verschaffen, wie in der Praxis etwa vorgegangen wird. Einem Urteil vom 21. Juli 1944, I. Kammer, Nr. 123 B, ist zu entnehmen: Die Ehe wurde 1929 geschieden und der heutige Kläger zu einer Unterhaltsrente von monatlich Fr. 70.— verpflichtet. Am 20. Mai 1944 reichte er das Begehren um Abänderung des Scheidungsurteils ein mit der Begründung, daß er pensioniert werde. Die Vorinstanz setzte die Rente auf Fr. 40.— herab, worauf der Kläger Rekurs erhob. — Die Beklagte wies ein ärztliches Zeugnis vor, laut welchem sie ihren Unterhalt nicht selbst verdienen konnte. — Auf Empfehlung des Referenten der Rekursinstanz wurde am 11. Juli 1944 eine Vereinbarung getroffen, in welcher die Rente auf Fr. 25.— festgesetzt wurde. Zugleich wurde noch ein Rektifikationsvorbehalt angebracht. Obgleich die Rente sehr klein ist, wurde sie vom Gericht genehmigt, da sie der geringen Pension des Klägers entspreche. — Dieses Urteil erscheint gerecht, da beide Parteien mittellos sind. Vor allem aber ist der Versuch zu begrüßen, die Parteien zu einer Vereinbarung zu bewegen, bevor das Gericht selbständig eine Lösung treffen muß.

¹⁵² Vgl. Weiss, Nr. 1280. —

steht dem entgegen das Prinzip, die Beziehungen aus der einstigen Ehe endgültig abbrechen oder, wo dies nicht möglich ist, sie ein für allemal festzusetzen. Daher berücksichtigt man bei der Regelung der Nebenfolgen auch jene Ereignisse, die voraussichtlich eintreten werden. Man setzt die Ansprüche niedrig an, dafür sollen sie eben konstant sein. Nur diese sind abänderlich, welche Kinderrechte betreffen oder wo es sich, wie in unserm Fall, um reine Billigkeitsansprüche handelt. Aber auch hier hat man die Abänderung an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Zudem ist nach dem Wortlaut des Gesetzes bei der Bedürftigkeitsrente die Abänderung nur in der Form einer Herabsetzung des Anspruchs möglich. Der Berechtigte kann keine Erhöhung desselben beanspruchen, falls sich seine Lage verschlimmert oder der Pflichtige leistungsfähiger wird. Der Anspruch des Berechtigten ergibt sich eben aus den Verhältnissen, wie sie zur Zeit der Scheidung bestehen. Gemäß diesen wird der Schaden berechnet und dafür ein angemessener Ersatz zugesprochen. Entsprechend jenem Grundsatz soll diese Regelung dann maximal und endgültig sein. Wird der Berechtigte nachträglich noch bedürftiger, so hat dieser neue Schaden mit der Scheidung nichts gemein, er ist nicht eine direkte Folge derselben. Die Möglichkeit einer nachträglichen Erhöhung der Rente gemäß Art. 152 würde auch deswegen nicht von Vorteil sein, weil die Rente dann ständigen Abänderungsbegehren der beiden Parteien unterworfen wäre. Das will man aber gerade verhindern und aus diesem Grunde versucht man schon bei der Scheidung, einer zukünftigen Entwicklung Rechnung zu tragen.

Somit liegt kein Versehen des Gesetzgebers vor, wenn in Art. 153 nicht auch von einer Erhöhung die Rede ist. Klar und deutlich ist in diesem Artikel nur eine Aufhebung oder Herabsetzung vorgesehen, wobei nur der Pflichtige zur Klage legitimiert ist. Hätte der Gesetzgeber auch die Möglichkeit einer Erhöhung der Rente schaffen wollen, so würde er den Berechtigten ebenfalls ausdrücklich zur Klage legitimiert haben. Ein Vergleich mit den Art. 157 und 320 ZGB läßt hierauf schließen. Aus dem Wortlaut dieser Artikel geht deutlich hervor, daß dort auch eine Erhöhung möglich ist. Sollte dies auch für den Art. 153 zutreffen, so hätte der Gesetzgeber eine Formulierung gewählt, welche an jene der Art. 157 und 320 erinnert ¹⁵⁴.

Nach einem Entscheid des Bundesgerichtes kann auch das „Sinken der Kaufkraft des Geldes“ eine Erhöhung nicht rechtfertigen. Denn der Beklagte schuldet an den Unterhalt des Berechtigten nur einen bestimmten Beitrag, welcher eine gewöhnliche Geldschuld darstellt, deren Höhe nur durch Bezifferung bezeichnet werden kann, also durch jede Veränderung in der Bezifferung selbst verändert wird ¹⁵⁵.

¹⁵³ Vgl. ZBJV 58, S. 594 ff.

Auch hier führen wir einen Entscheid des zürcherischen OG vom 11. Nov. 1944, I. K., Nr. 202 B, an, welcher zeigt, daß nicht jede kleine Schwankung in den Vermögensverhältnissen zu einer Herabsetzung der Leistung führen darf.

Die Scheidung wurde 1915 ausgesprochen. Der heutige Kläger verpflichtete sich zu einer Unterhaltsrente von monatlich Fr. 80.—. Diese wurde vom Bezirksgericht Zürich am 26. Aug. 1933 auf Fr. 30.— herabgesetzt. — Am 6. Mai 1944 stellte der Kläger ein erneutes Begehren um vorübergehenden Erlaß der Rente infolge Arbeitslosigkeit. Das OG wies die Klage ab mit der Begründung, daß die Arbeitslosigkeit erst seit 10 Tagen bestanden habe. Diese Frist sei zu kurz. Eine vorübergehende Herabsetzung werde nur dann angeordnet, wenn mit Bestimmtheit feststehe, daß die Verhältnisse immerhin während einer gewissen Zeit schlecht seien. In der Kriegswirtschaft habe der Kläger Fr. 438.— verdient, was genüge, um für eine Rente von nur Fr. 30.— aufzukommen. —

¹⁵⁴ Weiss, Nr. 1276, 1277, 1278. — Seeger, S. 204 a. — SJZ 38, S. 282.

¹⁵⁵ BGE 51 II 16 ff.

Dagegen kann ein Rektifikationsvorbehalt¹⁵⁶, welcher die spätere Erhöhung der Rente ermöglicht, ins Scheidungsurteil aufgenommen werden. An verschiedenen Orten wird dies zwar als unzulässig bezeichnet¹⁵⁷. Wir können diese Ansicht indessen nicht teilen. Entsprechend unsern Darlegungen über die Scheidungskonvention dürfen die Ehegatten die Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen frei gestalten. Unter Umständen kann eine solche Erhöhungsmöglichkeit eine sehr vernünftige Lösung bedeuten, welcher der Richter die Zustimmung nicht versagen wird. Auch Egger sagt, daß eine Praxis wohl zu starr wäre, welche einen dahingehenden Rektifikationsvorbehalt nicht zulassen wollte¹⁵⁸.

4. Die Wirkungen des Abänderungsurteils

Mit dem Eintritt der Rechtskraft des Abänderungsurteils erlischt diejenige des Scheidungsurteils in bezug auf die neu geregelten Nebenfolgen. Die Parteien haben sich in Zukunft an die im Abänderungsverfahren getroffenen Anordnungen zu halten. Diesen kann nur bis zum Tage der Klageanhebung Rückwirkung verliehen werden; denn solange der Pflichtige kein Begehren um Herabsetzung oder Aufhebung der Rente gestellt hat, muß sich der Berechtigte unbedingt auf das Scheidungsurteil verlassen können. In der Regel wird der Richter die Wirkungen des neuen Urteils von jenem Tage an in Kraft treten lassen. Zu diesem Zeitpunkt bestanden die veränderten Umstände schon. Rechtfertigen sie eine Herabsetzung der Rente, dann soll diese Aenderung auch die Zeit des Verfahrens erfassen oder, mit andern Worten, diejenige Zeit, für welche die Gewißheit besteht, daß sich die Verhältnisse des Pflichtigen geändert haben¹⁵⁹.

Auch das Abänderungsurteil kann wieder abgeändert werden auf Grund von Art. 153, Abs. 2, wenn sich die Verhältnisse erneut anders gestaltet haben und ein weiteres Abänderungsverfahren rechtfertigen. Maßgebend sind dann jene Ereignisse und Tatsachen, welche nach dem Eintritt der Rechtskraft des Herabsetzungsurteils entstanden sind. Im übrigen vollzieht sich das Verfahren in derselben Weise, wie wenn ein Scheidungsurteil vorläge. Das gleiche gilt auch für den Fall, wenn eine Parteivereinbarung abgeändert wird unter Anrufung von Art. 153, Abs. 2. Zu erwähnen ist höchstens noch, daß im zweiten Abänderungsurteil auch dann ein Rektifikationsvorbehalt aufgenommen werden kann, wenn im ersten Herabsetzungsurteil ein solcher nicht vorhanden war. Gerade bei einer zweiten Herabsetzung der Leistung ist z. B. der Vorbehalt der spätern Erhöhung der Rente umso gerechtfertigter.

In der Praxis geschieht es recht oft, daß die Parteien während dem Abänderungsprozeß einen Vergleich schließen, sei es, daß sie selbst auf diesen Gedanken gekommen sind oder daß der Richter ihnen diesen Weg empfohlen hat. Hier haben wir es nicht mehr mit einem prozessualen Antrag zu tun wie bei der Scheidungskonvention, sondern es handelt sich um einen außergerichtlichen oder gewöhnlich um einen gerichtlichen Vergleich. — Der außergerichtliche Vergleich ist ein privatrechtlicher Vertrag der Parteien. Gestützt auf diesen Vergleich kann der Kläger seine Klage zurückziehen, ohne daß er dem Gericht den Inhalt desselben bekannt geben muß. Das Gericht schreibt dann den Prozeß als erledigt ab. Rechtlich haben wir aber lediglich einen Klagerückzug vor uns, der keinen Vollstreckungstitel bildet. Verschiedene Gesetze gestatten jedoch, daß der

¹⁵⁶ Vgl. 3. Teil, IV, Ziff. 2.

¹⁵⁷ Weiss, Nr. 1279.

¹⁵⁸ Vgl. Egger, Art. 153, Nr. 8.

¹⁵⁹ Vgl. Weiss, Nr. 1294. — Michel, S. 45. — Egger, Art. 153, Nr. 7.

außergerichtliche zu einem gerichtlichen Vergleich werden kann, wenn er dem Gericht schriftlich eingereicht wird (Zug 224 ZPO, Waadt 360 ZPO) ¹⁶⁰. Der gerichtliche Vergleich ist ein Vertrag, welcher von den Parteien vor Gericht zum Zwecke der Beendigung eines Prozesses abgeschlossen wird ¹⁶¹. Er bildet einen Vollstreckungstitel und wird nach der bern. ZPO einem rechtskräftigen Urteile gleichgestellt (Art. 152 bern. ZPO) ¹⁶². Im Gegensatz zur Scheidungskonvention ist die Genehmigung eines solchen Vergleichs nicht erforderlich; denn die Parteien können nach der Scheidung über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen beliebige Anordnungen treffen. Beim gerichtlichen Vergleich haben sie sich lediglich an diese Formen zu halten, welche für die Gültigkeit eines jeden gerichtlichen Vergleiches gemäß den kantonalen ZPO erforderlich sind ¹⁶³. — Selbstverständlich kann auch ein gerichtlicher Vergleich, genau wie eine freie Parteivereinbarung, unter den Voraussetzungen des Art. 153 ZBG abgeändert werden.

¹⁶⁰ Vgl. Guldener, S. 243 oben und 241 d, ähnlich die Praxis im Kanton Bern.

¹⁶¹ Guldener, S. 240, 1.

¹⁶² Sowohl dem Abänderungsurteil als auch dem gerichtlichen Vergleich kommt die Eigenschaft eines vollstreckbaren Urteils im Sinne von Art. 81 SchKG zu. Die Rechtsöffnung nach Art. 80 SchKG ist daher möglich. Zur Vollstreckbarkeit dieser Ansprüche vgl. ferner: Grendelmeyer, S. 159 ff. — ZBJV 81, S. 183.

¹⁶³ Vgl. Guldener, S. 242, 5.

3. Teil

Besondere Schwierigkeiten,
welche im Abänderungsverfahren
entstehen können

I. Das unklare Urteilsdispositiv

Die Darlegungen im vorhergehenden Kapitel können leicht den Eindruck erwecken, daß der Richter im Abänderungsprozeß nicht allzu viele Hindernisse zu überwinden habe. Sagt doch schon das Gesetz, wann und in welchem Umfange eine Rentenherabsetzung erfolgen darf. Deren Durchführung scheint für den Richter eine bloße Ermessensfrage zu sein. In der Tat verhält es sich auch so, aber nur unter der Voraussetzung, daß der sog. Normalfall vorliegt. Dieser ist dann gegeben, wenn der Richter ganz genau weiß, daß es sich einmal um eine abänderbare Rente handelt und ferner, bis zu welchem Betrag dieselbe herabsetzbar ist. Gehen diese beiden notwendigen Punkte aus dem Urteilsdispositiv oder aus der genehmigten Konvention oder sogar aus der freien Parteivereinbarung deutlich hervor, so ist die restliche Aufgabe nicht mehr sehr schwierig und zur Hauptsache wirklich dem richterlichen Ermessen überlassen. Der Richter erwägt dann nur noch, ob und inwieweit eine Herabsetzung sich rechtfertigt.

In der Praxis sind diese beiden erforderlichen Voraussetzungen aber sehr oft nicht in eindeutiger Weise aus dem Urteilsdispositiv zu entnehmen. Die Gerichte begnügen sich meistens mit der Festsetzung einer Rente und unterlassen es, sie näher zu charakterisieren. Es ist dann dem Abänderungsrichter überlassen, herauszufinden, ob es sich um eine Rente gemäß Art. 151 oder um eine solche nach Art. 152 handelt.

Besondere Schwierigkeiten in diesem Sinne bietet der Spezialfall der sog. gemischten Rente. Es kommt je selten vor, daß nur eine Unterhaltsrente gemäß Art. 152, also eine reine Bedürftigkeitsrente, angesetzt werden kann. In der Mehrzahl der Ehescheidungen liegt ein überwiegendes Verschulden eines Gatten vor. Dadurch entsteht für den andern, unschuldigen Gatten vor allem ein Anspruch auf Entschädigung gemäß Art. 151. Die Unterhaltsrente nach Art. 152 hat nur subsidiären Charakter. Sie wird erst gewährt, wenn die Leistungen aus Art. 151 festgesetzt sind und die durch die Scheidung entstandene Bedürftigkeit immer noch nicht gedeckt ist. Das bedingt, daß der Richter zwei Renten festzusetzen hat. Die zusätzliche Bedürftigkeitsrente ist dann der Abänderungswirkung von Art. 153, Abs. 2, unterstellt, nicht aber die Entschädigungsrente. Die gemischte Rente kommt nun zustande, indem beide Ansprüche in einer einzigen Rentensumme zusammengefaßt werden. Diese Zusammenfassung bedeutet eine Vereinfachung und ist sehr empfehlenswert, aber nur, sofern aus ihr auch ersichtlich ist, was und wie hohe Ansprüche verschiedenen Charakters sie enthält. Es werden z. B. eine Entschädigungsrente von Fr. 150.— und eine Bedürftigkeitsrente von Fr. 50.— in eine einzige Rente von Fr. 200.— zusammengefaßt. Aus dieser gemischten Rente soll aber ersichtlich sein, daß Fr. 50.— dem Art. 152 zu Grunde liegen und somit abänderlich sind. — In dieser Beziehung wird von den Gerichten und den Parteien viel gesündigt. Wenn die Parteien in der Konvention eine klare Differenzierung der verschiedenen Ansprüche unterlassen, so kann man dies vielleicht noch mit ihrer Rechtsunkenntnis entschuldigen. Dann aber sollten die Gerichte nicht den großen Fehler begehen — der sich später zu ihrem eigenen Nachteil auswirkt —, daß sie diese Vereinbarungen genehmigen, ohne den Charakter der gemischten Rente abzuklären. Ja, es geschieht sogar, daß die Gerichte von sich aus die gleiche Nachlässigkeit begehen und eine gemischte Rentensumme ansetzen, die nicht näher charakterisiert ist. In der Folge verändern sich dann die Verhältnisse und der

Pflichtige gelangt mit einem Abänderungsbegehren an den Richter. Dieser steht nun vor einem Rätsel. Das Urteilsdispositiv sagt nichts oder nichts Genügendes über die Rente aus. So weiß der Richter nicht, ob überhaupt eine gemischte Rente vorliegt oder nur eine solche gemäß Art. 151 oder 152. Und weiter ist ihm unbekannt, wie hoch sich der herabsetzbare Teil beläuft, falls es sich um eine gemischte Rente handelt. Vielfach fehlen auch die Motive, welche zur Gewährung des Anspruchs maßgebend waren, oder selbst das Schuldmoment ist aus dem Urteil nicht ersichtlich.

Wir sehen, daß auf diese Weise das Abänderungsverfahren für den Richter sehr erschwert wird. Das Urteilsdispositiv ist die formelle Grundlage des Abänderungsprozesses. Was soll der Richter tun, wenn diesem nichts zu entnehmen ist, wenn er nicht weiß, um was für Ansprüche es sich handelt, um abänderbare oder unabänderliche? Solche Zustände tragen in der Tat nicht dazu bei, die Rechtssicherheit zu gewährleisten. Ihre beunruhigende Wirkung zeigt sich denn auch in der Praxis, wo diese Fragen nicht des akuten Interesses entbehren. Dies geht vor allem aus einem Kreisschreiben des zürch. Obergerichtes vom 30. November 1942 deutlich hervor¹⁶⁴.

Auch in der Praxis des bernischen Appellationshofes spiegelt sich die gleiche Problematik wieder. So in einem Entscheid vom 24. Februar 1943, in welchem über die

¹⁶⁴ Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des eidg. Standes Zürich an die Bezirksgerichte, betreffend Genehmigung von Ehescheidungsvereinbarungen, in denen die eine Partei sich zur Leistung einer Rente an die andere verpflichtet (Feststellung, ob es sich um eine unabänderliche Entschädigungsrente gemäß Art. 151 ZGB oder um eine herabsetzbare Bedürftigkeitsrente gemäß Art. 152 ZGB handelt); „Es beschäftigen die Gerichte immer wieder Klagen betreffend Herabsetzung einer in einer gerichtlich genehmigten Scheidungskonvention festgesetzten Rente, bei denen es mangels ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien für den Abänderungsrichter schwierig ist, festzustellen, ob die Rente als unabänderliche Entschädigungsrente gemäß Art. 151 oder als herabsetzbare Bedürftigkeitsrente gemäß Art. 152 gemeint sei. In solchen Fällen muß der Abänderungsrichter nachträglich auf Grund der Scheidungsakten das beidseitige Verschulden prüfen; denn nach dem Gesetz kommt ja nur dann eine Entschädigungsrente in Frage, wenn den Verpflichteten das alleinige oder weit überwiegende Verschulden trifft und der Berechtigte schuldlos oder nur mit einem geringfügigen Verschulden belastet ist. Der Abänderungsrichter muß somit in diesen Fällen eine Prüfung vornehmen, auf die der Scheidungsrichter, nachdem sich die Parteien geeinigt hatten, regelmäßig verzichtet hat. Daß diese Prüfung Schwierigkeiten bereitet, insbesondere dann, wenn die Scheidungskonvention zustande gekommen ist, bevor im Scheidungsprozeß Erhebungen über das beidseitige Verschulden angestellt wurden, liegt auf der Hand. Diese Schwierigkeiten können behoben und es kann überdies die Zahl der Abänderungsprozesse vermindert werden, wenn in der Scheidungskonvention und — durch ihre gerichtliche Genehmigung — im Scheidungsurteil die Rechtsnatur der Rente festgestellt wird. Tun die Parteien dies nicht von sich aus, so kann und soll der Scheidungsrichter von sich aus kraft seiner gesetzlichen Prüfungspflicht (Art. 158, Ziff. 3 und 5 ZGB) darauf dringen, daß es geschehe. Die Befürchtung, die Vereinbarung könnte, wenn die Parteien auf diesen Punkt aufmerksam gemacht werden, hieran scheitern, darf ihn nicht davon abhalten. Es ist besser, wenn keine Scheidungskonvention zustande kommt, als eine, die in einem wesentlichen Punkte unklar ist und daher den Keim zu einem neuen Prozesse in sich birgt. Die Parteien sollen sich über den Unterschied der beiden Rentenarten klar sein und ihre Dispositionen in voller Kenntnis desselben treffen. Das Gesagte gilt auch dann, wenn die Parteien Anwälte haben und diese es sind, welche die Konvention abschließen bzw. redigieren; denn die Erfahrung hat gezeigt, daß sehr oft auch von Anwälten redigierte Konventionen an der erwähnten Unklarheit leiden. Der häufig vorkommenden Bezeichnung der Rente als „Unterhaltsbeitrag“ läßt sich über ihre Rechtsnatur nichts entnehmen, da auch eine Rente gemäß Art. 151 zu dem Zwecke, den Berechtigten zu alimentieren, zugesprochen bzw. zugesagt werden kann, als Entschädigung für den durch die Scheidung entfallenden Unterhaltsanspruch. — Demgemäß empfehlen wir Ihnen, in Scheidungsprozessen die Rechtsnatur einer in einer Scheidungskonvention ausgesetzten Rente, wenn darüber Zweifel bestehen, festlegen zu lassen, bevor Sie die Konvention genehmigen.“

Appellation gegen ein Urteil des Amtsgerichtes Niedersimmenthal zu befinden war, welches einem Abänderungsbegehren insofern entsprach, als es die streitige Rente von Fr. 100.— auf Fr. 90.— herabgesetzt hatte. Dem Entscheid des Appellationshofes entnehmen wir wörtlich: „Vorweg ist zu prüfen, ob die streitige Rente überhaupt abänderlich ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn es sich um eine gemäß Art. 151 und 153, Abs. 1, **ausgesetzte** sog. Verschuldensrente handelt. Eine abänderliche Rente dagegen liegt dann vor, wenn sie als Bedürftigkeitsrente gemeint war, d. h. wenn sie der Appellantin lediglich deshalb zugewilligt wurde, weil sie andernfalls infolge der Scheidung in eine Notlage geraten wäre. Weder aus dem Dispositiv noch aus den Motiven des Scheidungsurteils noch aus irgendwelchen andern Anhaltspunkten geht hervor, warum der Appellantin eine Rente gewährt wurde“ ¹⁶⁵.

Einem andern Entscheid vom 19. Januar 1943 entnehmen wir: „Der Charakter der vorliegenden Rente ist streitig. Nach der Auffassung des Appellanten liegt eine gemischte und damit in einem gewissen Maße herabsetzbare Rente vor, nach der Ansicht der Appellantin dagegen eine reine, also unabänderliche Verschuldensrente. Das Dispositiv des Scheidungsurteils gibt keine Antwort im einen oder andern Sinne“ ¹⁶⁶.

Die zweite Schwierigkeit, welche sich bei der Abänderung von Scheidungsurteilen gemäß Art. 153, Abs. 2, stellen kann, ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen selbst und aus dem Charakter und Zweck dieser Renten. Bis vor kurzem bestand in der Praxis die dem Gesetz entsprechende Auffassung, daß die Entschädigungsrenten gemäß Art. 151 nicht abgeändert werden können. Diesbezügliche Begehren wurden stets abgewiesen. Allein, die Gerichte taten dies oft nicht gerne, sie hätten die Rente lieber herabgesetzt, da sie für den Pflichtigen häufig zu einer fast untragbaren Last werden kann. Man denke z. B. an den Fall, wo der Pflichtige bei der Scheidung ein gutes Einkommen hatte und demzufolge zu einer ziemlich hohen Rente verpflichtet wurde. Aus irgend einem Grunde, sei es durch geschäftlichen Ruin, sei es, daß er durch Krankheit dauernd in seiner Erwerbstätigkeit gestört wird oder dem Beruf überhaupt nicht mehr nachgehen kann, sinkt nun seine finanzielle Leistungsfähigkeit enorm. Auf der andern Seite hat die Berechtigte die Rente vielleicht gar nicht mehr nötig. In einem solchen Fall bedeutet die Unabänderlichkeit des Anspruchs tatsächlich eine Unbilligkeit, sie stört ein gesundes Rechtsempfinden. Und doch steht dem Pflichtigen kein Weg offen, um die Rente auch nur herabsetzen zu lassen, die Berechtigte kann auf ihrem Anspruch beharren. Auch das Bundesgericht sagt, daß solche Zustände zu stoßenden Härten führen können, vor allem, wenn die Rente als Ersatz des ehelichen Unterhaltes zuerkannt wurde ¹⁶⁷.

Wir haben also zwei Fragen zu beantworten. Einmal, wie der Richter vorzugehen habe, wenn das Urteilsdispositiv unklar ist, und ferner, ob es tatsächlich im Sinne des Art. 151 liegen kann, daß diese Rente unabänderlich ist. Diese beiden Fragen stellen sich in der Praxis regelmäßig gemeinsam, d. h. die erste Frage ergibt meistens zwangsläufig die zweite. Denn wenn man weiß, um was für eine Rente es sich handelt — und dies wird in den meisten Fällen wenigstens zum Teil eine Entschädigungsrente nach Art. 151 sein —, so muß man sich auch fragen, ob man diese Rente nicht trotzdem einer Herabsetzung unterziehen dürfe? Streng genommen müßte der Richter die zweite Frage nicht beantworten, da die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente gesetzlich festzustehen scheint und bisher nicht angezweifelt wurde. Die neueste Praxis hat dies aber getan und dadurch

¹⁶⁵ Bern. Appellationshof, I. Zivilkammer v. 24. 2. 43, Nr. 311. I. F.

¹⁶⁶ Bern. Appellationshof, I. Zivilkammer v. 19. 1. 43, Nr. 291. I. F.

¹⁶⁷ BGE 60 II 394.

ein weiteres Problem gestellt. Wir haben daher vorerst für dieses neue Problem eine Lösung zu finden, worauf uns dann die Beantwortung der ersten Frage oder die Behebung der ersten Schwierigkeit leichter fällt.

II. Kann eine Rente gemäß Art. 151 ZGB herabsetzbar sein?

1. Die Auslegung von Art. 153, Abs. 2, ZGB

Um auf das gestellte Problem richtig eingehen zu können, haben wir uns über die in Frage stehenden Renten völlig im Klaren zu sein. Wir wissen ja bereits, daß dem Gesetz — allem Anschein nach — die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente entnommen werden kann. Wir wollen uns daher vergewissern, ob dies auch tatsächlich im Willen des Gesetzgebers lag oder ob eine Gesetzeslücke vorliegt, welche Annahme — wir nehmen es vorweg — dem Bundesgericht Anlaß gab, auch den Unterhaltsteil einer Entschädigungsrente als herabsetzbar zu erklären.

Für die rechtsanwendende Behörde ist der Wille des Gesetzgebers maßgebend. Dieser kommt vor allem im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck. Der Wortlaut einer Norm ist an erster Stelle entscheidend, d. h. nicht der Wortlaut an sich, aber die Regel, welche aus seinem Sinn erkennbar ist. Die Feststellung dieser Regel ist einfach, wenn dem Wortlaut nur ein einziger Sinn entnommen werden kann, wenn der Wortlaut eindeutig ist¹⁶⁸. Der Richter hat sich an diesen einzig möglichen Sinn zu halten. Das ist ein Postulat der Rechtssicherheit, welches jeder andern Ueberlegung vorgeht. Der Richter muß sich daran halten, selbst wenn ihm die Regel des Gesetzes als unbillig erscheint. Denn die Urteile der Menschen würden sich ohnehin widersprechen, wenn es darum ginge, zu sagen, welches Recht das richtige und gerechte sei. Daher darf nur eine Instanz bestimmen, welcher Rechtsatz gelten solle, und das ist der staatliche Gesetzgeber. Alles das ist geltendes Recht, was diese Instanz erkennt, selbst wenn es als unbillig erscheinen mag oder der Rechtsidee sogar widerspricht.

Aber auch diese Instanz findet ihre Grenzen; denn es kann nicht schlechthin einfach alles verbindlich sein, was sie vorschreibt. Nach Burckhardt kann die Gesetzgebungskompetenz selbst nur Sinn haben als Mittel zur Verwirklichung des Vernünftigen und Gerechten; das positive, gesetzte Recht kann nur als Versuch zum Richtigen Berechtigung haben. Was aber als offensichtlich ungerecht und unvernünftig erscheint oder gar barer Unsinn ist oder geworden ist, darf nicht oder nicht mehr als der Ausdruck des Rechts gelten. Der Richter soll sich darüber hinwegsetzen trotz aller Gesetzestreue. Unbilliges kann wohl oft noch Recht sein und als solches Geltung haben, nicht aber offenbar Ungerechtes. Der Staat ist nur ein Werkzeug im Dienste der Rechtsidee, weshalb eine Selbstkorrektur des Staates möglich sein muß. Was logisch korrekt, aber ethisch sinnlos ist, kann nicht Anspruch auf Existenzberechtigung haben¹⁶⁹.

Unterziehen wir nun unsern Fall dem Gesagten. Ist die Bestimmung des Art. 153, Abs. 2, wonach nur eine reine Bedürftigkeitsrente herabgesetzt werden kann, offenbar ungerecht oder unvernünftig? Dann hätte der Richter ohne weiteres die Berechtigung, sie nicht zu beachten und seinem Urteil eine andere Regelung zu Grunde zu legen. Dies müssen wir

¹⁶⁸ Vgl. Burckhardt, Lücken des Gesetzes, S. 63.

¹⁶⁹ Burckhardt, Lücken des Gesetzes, S. 166.

hier aber verneinen. Weder ist diese Norm ethisch sinnlos, noch ungerecht. Seit dem Bestehen des ZGB wurden jene Renten nie als ungerecht empfunden. Sie sind eine notwendige Folge der Eheauflösung und unterliegen Grundsätzen, welche im Dienste der ehelichen Gemeinschaft stehen. Wir können hier auf frühere Erörterungen verweisen, aus welchen der Charakter und Zweck dieser Renten ersichtlich ist¹⁷⁰. So entspringt auch die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente dem wichtigen Grundsatz, daß die Scheidungsbeziehungen endgültig festgelegt werden sollen. Man könnte den Art. 153, Abs. 2, vielleicht in gewisser Hinsicht kritisieren, ihn aber niemals als ungerecht oder sinnlos bezeichnen. Damit ist der Richter aber auch an diese Norm gebunden.

Wir können uns aber auch noch fragen, ob dieser Artikel nicht unvollständig geblieben ist?

Eigentliche Gesetzeslücken sind vorhanden, wenn für eine bestimmte Rechtsfrage überhaupt keine Norm im Gesetz zu finden ist oder doch nur eine unvollständige. Der erste Fall kommt hier nicht in Betracht, dagegen könnte der zweite vorliegen, was nun zu untersuchen ist. — Soll ein Rechtssatz vollständig sein, so muß mindestens dreierlei beantwortet werden. Einmal ist die Bestimmung der Personen erforderlich, welche verpflichtet bzw. berechtigt sind. Dann die Bestimmung, wozu jene Personen verpflichtet oder berechtigt sind und schließlich unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung oder Berechtigung besteht, nicht besteht oder nicht mehr besteht¹⁷¹. Fehlt die Antwort auf eine dieser drei Fragen, so ist der Rechtssatz unvollständig. Dadurch wird der Richter aber nicht seiner Aufgabe enthoben, eine Streitigkeit zu entscheiden. Im Gegenteil, seine Aufgabe hat sich verdoppelt, indem ihm auch noch eine gesetzgeberische und damit schöpferische Tätigkeit zugefallen ist. Der Richter muß die Lücken des materiellen Rechts ausfüllen, wenn er die streitige Frage durch ein Urteil entscheiden will, was ja seine Pflicht ist. — Der Gesetzgeber hat selbst vorausgesehen, daß sich die von ihm erlassene Ordnung als lückenhaft erweisen wird. Er selbst hat ja an vielen Orten die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überlassen¹⁷². Wo aber Lücken vorhanden sind, hat der Richter nach den Grundsätzen des Art. 1 ZGB vorzugehen. Er hat also zu entscheiden, wie er es als „vernünftiger“ Gesetzgeber getan hätte.

Ist nun Art. 153, Abs. 2, lückenhaft? Hat der Gesetzgeber eine jener Fragen, welche einen vollständigen Rechtssatz ausmachen, unbeantwortet gelassen? „Auf Verlangen des pflichtigen Ehegatten“ steht im Gesetz. Der Berechtigte hat also kein Klagerecht, die Gründe hiefür haben wir schon oben dargelegt. Die Personen sind durch diese Worte ausreichend bestimmt.

Die zweite Frage betrifft den Inhalt eines Rechtssatzes. Wir haben zu ermitteln, wozu die betreffenden Personen durch den Art. 153, Abs. 2, berechtigt oder verpflichtet sind. Durch Art. 153, Abs. 2, wird der Rentenschuldner berechtigt, eine Herabsetzung des Anspruches zu verlangen, während der Rentennehmer die vom Richter angeordnete Aufhebung oder Herabsetzung der Leistung dulden muß. Auch diese Frage ist also eindeutig beantwortet.

Die dritte Frage bezieht sich auf die Voraussetzungen, unter welchen die Verpflichtung bzw. Berechtigung aus Art. 153, Abs. 2, entstehen kann. Gemäß dem Gesetzestext sind zwei Voraussetzungen erforderlich. Einmal kann eine Herabsetzung nur erfolgen, wenn

¹⁷⁰ Siehe Ausführungen unter 1. Abschnitt, 3. Kap. IV, V, VI.

¹⁷¹ Burckhardt, Lücken des Gesetzes, S. 47.

¹⁷² Vgl. z. B. Art. 142 ZGB.

veränderte Verhältnisse vorliegen. Wir haben diese eingehend erörtert und brauchen nicht noch weiter darauf einzugehen. — Viel wichtiger ist für uns die zweite Voraussetzung, welche die Rente, das Objekt der Herabsetzung, betrifft. Art. 153, Abs. 2, spricht zwar klar von einer wegen Bedürftigkeit ausgesetzten Rente. Trotzdem könnten hier Zweifel entstehen, da auch eine Rente gemäß Art. 151 Bedürftigkeit decken kann. Eine Entschädigungsrente kann daher eine Bedürftigkeitsrente sein, sie muß es aber nicht. Sie ist es nur, wenn der berechtigte Gatte zufälligerweise in Bedürftigkeit geriet. Ihr Entstehungsgrund ist aber nicht die Bedürftigkeit, sondern das Verschulden des Pflichtigen an der Scheidung. Sie wird immer festgesetzt, ob Bedürftigkeit besteht oder nicht. Dies im Gegensatz zur reinen Bedürftigkeitsrente gemäß Art. 152 — wie wir sie nennen wollen —, welche ihre Entstehung nur einer durch die Scheidung entstandenen Notlage verdankt. Sie kann nicht nur einem schuldigen, sondern auch einem unschuldigen Ehegatten auferlegt werden zu Gunsten des andern, ebenfalls unschuldigen Gatten. — Die reine Bedürftigkeitsrente ist nie eine Verschuldensrente. Denn bei bestehender Bedürftigkeit und Verschulden des Pflichtigen wird zuerst eine Verschuldensrente, d. h. eine Entschädigungsrente gemäß Art. 151, angesetzt. Neben dieser wird nur dann noch eine Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 gewährt, falls die Rente nach Art. 151 nicht ausreicht, um die Notlage des Berechtigten zu beheben. Und allein diese Rente gemäß Art. 152 ist eben, wie das Gesetz sagt, eine „wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente“. Wir wiederholen, um den Unterschied klar zu machen: auch eine Entschädigungsrente kann Bedürftigkeit decken, sie wurde aber nicht wegen „Bedürftigkeit“ ausgesetzt und ist somit schlechthin keine Unterhaltsrente im Sinne von Art. 152 und 153, Abs. 2.

Damit haben wir den Ausgangspunkt zur weiteren Prüfung des Problems gewonnen. Wir kennen nun den Willen des Gesetzgebers, welcher eindeutig die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente statuiert hat.

Und hiefür hatte der Gesetzgeber auch seine guten Gründe. Vor allem will er den an der Scheidung unschuldigen Gatten schützen. Dieser soll sich auf seinen Anspruch verlassen können und nicht ständigen Abänderungsklagen ausgesetzt sein. Zudem wurden bei der Regelung der Nebenfolgen voraussehbare Ereignisse einberechnet, und die Tatsache der Unabänderlichkeit wirkte herabsetzend auf die Bemessung des Anspruchs. Die starre Form der Entschädigungsrente entspricht eben auch dem Verschuldensprinzip und den Lehren über den Schadenersatz. Es ist keine Billigkeitsrente wie der Bedürftigkeitsanspruch, sondern es ist eine Geldschuld, auf welche der Berechtigte stets Anspruch hat. Die Möglichkeit einer Abänderung würde denselben schmälern. Wir sehen, es liegt kein Versehen des Gesetzgebers vor, er hat seine Schritte wohl erwogen. Sonst hätte er den Art. 153, Abs. 2, auch anders formuliert und nicht ausdrücklich von einer wegen Bedürftigkeit ausgesetzten Rente gesprochen. Die Abänderlichkeit der Bedürftigkeitsrente und die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente ergibt sich aus der verschiedenen Rechtsnatur der beiden Ansprüche.

Und doch kann in der Praxis für den Pflichtigen jene unbillige und harte Lage entstehen, da die ihm auferlegte Rente nicht herabsetzbar ist. Ist die bundesrechtliche Norm absolut logisch und rechtlich wohl begründet, aber zu hart für das Leben? Oder konnten diese Unbilligkeiten mit dem besten Willen nicht vermieden werden? Wäre es nicht noch unbilliger, wenn man die Entschädigungsrente auch nur teilweise als abänderlich erklärt hätte? — Diese Fragen verbleiben uns noch zu beantworten, vorher ist aber jene Lösung zu prüfen, welche das Bundesgericht zur Vermeidung der Härten gefunden hat.

2. Die Stellungnahme des Bundesgerichts

1. Bis zu dem entscheidenden Urteil des Bundesgerichts¹⁷³ bestand in der Praxis keine Möglichkeit, eine Rente abzuändern, welche den Art. 151 als Grundlage hatte, also eine Verschuldensrente war. Das Bundesgericht hat im erwähnten Entscheid dieser Praxis ein Ende bereitet. Es setzte fest, daß nicht nur eine reine Bedürftigkeitsrente gemäß Art. 152 herabsetzbar sein soll, sondern auch derjenige Teil einer Rente nach Art. 151, welcher Ersatz für entgangenen ehelichen Unterhalt darstellt. Dadurch werden sämtliche Unterhaltsansprüche dem Art. 153, Abs. 2, unterstellt, gleichgültig, welcher Rechtsgrund bei ihrer Entstehung maßgebend war. Es spielt also keine Rolle, ob sie Entschädigungs- oder reine Bedürftigkeitsansprüche darstellen. Eine Einschränkung besteht nur insofern gegenüber der reinen Bedürftigkeitsrente, als der Unterhaltsanspruch, welcher auf Art. 151 fußt, nur herabsetzbar ist, wenn sich die Verhältnisse des Pflichtigen verschlechtert haben, nicht auch, wenn die Bedürftigkeit des Beklagten wegfällt.

Das Bundesgericht begründet diesen Schritt mit folgenden Argumenten: Es bezeichnet die gesetzliche Ordnung über die Unterhaltsleistungen als unvollständig. Es sei längst anerkannt, daß unter Umständen Unterhaltsleistungen auch außerhalb des von Art. 152 vorgezeichneten Rahmens gerechtfertigt seien, indem der Richter auf Grund von Art. 151 den schuldigen Gatten zu Unterhaltsleistungen verpflichten könne, auch ohne daß eine große Bedürftigkeit bestehe. Man spreche dann von einer Entschädigung für den ehelichen Unterhalt, der zu den durch die Scheidung beeinträchtigten Vermögensrechten gehöre. Art. 152 erweise sich als zu eng. Das Bundesgericht erhebt nun die Frage, ob und wie weit die auf Art. 151 gestützten Unterhaltsansprüche um ihres Inhaltes und Zweckes willen, Ersatz für den ehelichen Unterhalt zu bieten, entsprechend der eigentlichen Bedürftigkeitsrente des Art. 152 zu behandeln seien. „Es drängt sich auf“ — wir führen die Begründung des Bundesgerichtes wörtlich an —, „solche Unterhaltsansprüche ebenfalls der gerichtlichen Herabsetzung bei veränderten Umständen zu unterstellen. Die Unterhaltspflicht ist ihrer Natur nach veränderlich. Art. 153, Abs. 2, sieht keine Erhöhung, aber eine nachträgliche Aufhebung oder Herabsetzung vor bei Verschwinden der Bedürftigkeit oder Verschlechterung der Lage des Pflichtigen. Es ist gerechtfertigt, diesen letzten Herabsetzungsgrund auch bei Unterhaltsansprüchen gelten zu lassen, die nach dem Gesagten auf Art. 151 gestützt werden müssen. Die Rechtsprechung hat dies bisher nicht allgemein anerkannt. In einem Fall aber wurde eine solche Rente auch Art. 152 unterstellt (68 II 4). Folge davon ist die einheitliche Herabsetzbarkeit der Rente, also auch des nicht um der Bedürftigkeit willen zugesprochenen Zuschlages. Namentlich aber ist den Scheidungsrichtern aufgegeben worden, bei Zuerkennung einer Unterhaltsrente nach Art. 151 die Herabsetzung

¹⁷³ BGE 71 II 7 ff. — Vgl. auch ZBJV 82, S. 449 f.

Die nachfolgenden Darlegungen erfordern, daß wir den Tatbestand des BG-Entschesides kurz angeben: Die 1918 eingegangene Ehe wurde 1929 wegen Ehebruchs des Mannes geschieden. Dieser gewährte in einer Vereinbarung der Gattin eine monatliche Rente von Fr. 500.— und an die beiden Kinder je eine solche von Fr. 150.— im Monat bis zum erfüllten 18. Altersjahr. — In der Folge ging er eine zweite Ehe ein, welcher fünf Kinder entstammten. Wiederholte Herabsetzungsbegehren fanden teils durch Klagerückzug, teils durch Vergleich ihr Ende. — Im Sept. 1939 erhob der Pflichtige eine erneute Klage um Herabsetzung. Zugleich gab er seine gute Stelle auf und ging nach Portugal. Seine landwirtschaftlichen Pläne mißlang, er kehrte 1941 in die Schweiz zurück, wo er keine Stelle innehatte. Die beiden kantonalen Instanzen bejahten die Herabsetzbarkeit und setzten die Rente auf Fr. 100.— herab. Die Beklagte, welche an der Unveränderlichkeit der Rente von Fr. 500.— festhielt, erhob Berufung ans Bundesgericht, welches die Rente auf Fr. 250.— festsetzte, indem es die Hälfte der ursprünglichen Entschädigungsrente von Fr. 500.— als Unterhaltsteil bezeichnete, welcher herabsetzbar sein soll.

ausdrücklich vorzubehalten (60 II 392). Damit ist gesagt, daß die Herabsetzbarkeit dem Inhalt und Zweck solcher Renten entspricht. Das muß dazu führen, die Herabsetzbarkeit auch beim Fehlen eines solchen Vorbehaltes in Scheidungskonvention und Scheidungsurteil anzuerkennen. Voraussetzung dafür ist nur, daß sich die Rechtsnatur der Rente als Ersatz für den ehelichen Unterhalt feststellen läßt.“

2. Bevor wir näher auf die Lösung des Bundesgerichtes eingehen, können wir der bundesgerichtlichen Begründung die interessante Feststellung entnehmen, daß sich unser oberstes Gericht keineswegs gegen die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente gemäß Art. 151 ausspricht. Das ist insofern interessant, als es ja um die Frage der Abänderlichkeit dieser Rente geht. Das Bundesgericht bejaht die Unabänderlichkeit. Es anerkennt völlig den Willen des Gesetzgebers. Wir entnehmen dies dem gleichen zitierten Entscheid, wo es wörtlich heißt: „Jedenfalls ist die streitige Rente nicht bloß eine Bedürftigkeitsrente. Sie enthält zweifellos eine Genugtuung wegen Ehebruch. Insoweit unterliegt sie nicht der Herabsetzung. Im übrigen ist jedoch in der Rente, neben allfälligem Ersatz für andere Vermögensrechte und Anwartschaften, Ersatz für den ehelichen Unterhalt inbegriffen. Insoweit, aber nicht insgesamt, wie die Vorinstanzen annehmen, ist sie herabsetzbar.“ — Damit wird die Taktik des Bundesgerichtes klar. Es gibt ohne weiteres die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente zu, unterzieht aber denjenigen Teil einer solchen Entschädigungsrente, welcher Ersatz des ehelichen Unterhaltes darstellt, einer besondern Behandlung, um die Herabsetzung zu legalisieren. Die Entschädigung für entgangenen Unterhalt wird quasi aus dem Rahmen der unabänderlichen Entschädigungsansprüche herausgenommen und in den Bereich der herabsetzbaren Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 gebracht. Dies wird damit begründet, daß die gesetzliche Regelung unvollständig und der Unterhaltsbegriff des Art. 152 zu eng gefaßt sei.

Dem Vorgehen des Bundesgerichts fehlt es nicht an Originalität. Allein, wir können uns ihm nicht anschließen, bevor wir diese Unterhaltsrenten und die restliche Beweisführung des Bundesgerichts näher untersucht haben. Wir fragen uns, ob die gesetzliche Regelung tatsächlich zu eng ist? Könnte diese Meinung nicht auch dadurch entstanden sein, daß die Gerichte diese Bestimmungen nicht sorgfältig anwendeten und die verschiedenen Rentenbegriffe nicht genau auseinanderhielten? Dadurch entstand ja schließlich das ganze Problem. — Art. 151 enthält nun tatsächlich keinen direkten Hinweis auf den Unterhaltsbeitrag. Diesen Begriff finden wir nur in Art. 152, der sogar mit dem Marginale „Unterhalt“ überschrieben ist. Art. 151 spricht nur von Entschädigung und Genugtuung, wobei der Anspruch auf Entschädigung durch eine Beeinträchtigung der Vermögensrechte und Anwartschaften des schuldlosen Gatten entsteht. Indessen ist es in der Rechtssprechung längst anerkannt, daß zu diesen Vermögensrechten auch der Anspruch auf den ehelichen Unterhalt gehört¹⁷⁴. Man darf sogar behaupten, daß die Entschädigung für entgangenen Unterhalt den größten Teil der Entschädigungsrente ausmacht; denn die Festsetzung einer Rente anstatt einer Kapitalleistung ist regelmäßig ein Zeichen dafür, daß der Pflichtige nicht über ein großes Vermögen verfügt, so daß der Berechtigte keine großen Ansprüche für beeinträchtigte Anwartschaften und andere Vermögensrechte stellen kann. Den Hauptteil der Rente wird dann eben der Unterhaltsanspruch ausmachen, welcher noch vergrößert wird, wenn der schuldige Gatte über ein hohes Einkommen verfügt¹⁷⁵. — Das Bundes-

¹⁷⁴ Siehe auch Ausführungen unter 1. Teil, 3. Kapitel, IV. 1.

¹⁷⁵ Die Gerichte fassen in der Regel ein Drittel der Entschädigungsrenten als Unterhaltsteil auf. Nach dem oben Gesagten würde die Hälfte oder noch mehr aber eher zutreffen. Auch das BG nimmt im vorliegenden Entscheid (71 II 7) die Hälfte an.

gericht selbst ist der Ansicht, daß der durch die Scheidung entgangene Unterhalt zu den beeinträchtigten Vermögensrechten im Sinne von Art. 151 gezählt werden muß¹⁷⁶.

Meines Erachtens sind diese Unterhaltsbeiträge aber auch in materieller Hinsicht nicht unvollständig geregelt. Unklar ist höchstens das Marginale zu Art. 152. Dieses sollte nicht „Unterhalt“ lauten, was die falsche Ansicht erwecken kann, dieser Artikel allein regle die Unterhaltsansprüche. Dies ist ja nicht der Fall, wie wir gesehen haben und wie auch die Rechtssprechung richtig erkannt, aber leider nicht in allen Urteilen eindeutig zum Ausdruck gebracht hat. Vielmehr sollte Art. 152 das Marginale „Unterhalt infolge Bedürftigkeit“ tragen. Man würde dann sofort erkennen, daß der andere Unterhalt unter den Art. 151 fällt, man würde auch sofort den Zweck und Sinn von Art. 152 verstehen. Diese Norm ist ja — wie das Bundesgericht sagt — nur als ergänzende Spezialbestimmung zu Art. 151 aufzufassen. Sie greift nur dort Platz, wo mangels Verschuldens des Anspruchsgegners nicht aus Art. 151 geklagt werden kann¹⁷⁷.

Da nun aber der Wegfall des ehelichen Unterhaltes die Beeinträchtigung eines Vermögensrechts gemäß Art. 151 darstellt, muß dieser Artikel notwendigerweise auch für den Unterhaltsteil der Entschädigungsrente Geltung haben. Dieser Unterhaltsanspruch beruht auf den gleichen Entstehungsgründen wie alle übrigen Vermögensansprüche des Art. 151. Daher muß er auch wie diese unabänderlich sein. Das Bundesgericht selbst sagt es in einem früheren Entscheid: „Eine für entgehenden Unterhalt nach Art. 151 zugesprochene Rente ist also abgesehen vom Falle der Wiederverheiratung des Berechtigten als unabänderlich zu betrachten. Dies entspricht dem Grundsatz, daß, unter Vorbehalt besonderer Ausnahmen, wie sie sich aus Art. 153 ergeben, die aus der Scheidung der Ehe fließenden Ansprüche des einen Ehegatten an den andern im Scheidungsurteil endgültig bestimmt werden sollen“¹⁷⁷.

Wir können daher die Meinung des Bundesgerichts nicht teilen, daß Art. 152 zu eng sei. Die Unterhaltsansprüche des Art. 151 verdienen rechtlich keine andere Behandlung als die übrigen Entschädigungsansprüche des gleichen Artikels. Sie dürfen nicht, wie es das Bundesgericht tun möchte, dem Art. 152 unterstellt und als Bedürftigkeitsrenten behandelt werden, soweit sie den Inhalt und den Zweck haben, Ersatz für den ehelichen Unterhalt zu bieten. Gerade hinsichtlich des Zweckes und des Inhaltes gehen diese beiden Renten ja auseinander: Die Unterhaltsrente gemäß Art. 151 ist ein Ersatz für ehelichen Unterhalt, nämlich ein auf Verschulden beruhender Schadenersatz. Die Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 aber ist ein Billigkeitsanspruch, welcher der hohen Auffassung des Gesetzgebers von der Ehe entspringt: Der Begüterte soll seinen ehemaligen Lebensgefährten nicht darben lassen; dies ist der Leitgedanke von Art. 152. Dementsprechend erscheint es als selbstverständlich, daß der Pflichtige von seiner Leistung entbunden wird, wenn die Bedürftigkeit dahinfällt oder wenn er die Rente kaum mehr aufbringen kann. Art. 153, Abs. 2, will also die Veränderlichkeit des Bedürftigkeitsanspruchs ermöglichen.

¹⁷⁶ BGE 60 II 392: „Den Unterhaltsanspruch aus Eherecht (für die Ehefrau speziell gemäß Art. 160, Abs. 2, ZGB) unter die Vermögensrechte des Art. 151, Abs. 1, zu subsumieren und den Verlust desselben durch Scheidung der Ehe als Beeinträchtigung dieser Vermögensrechte zu betrachten, entspricht ständiger Rechtssprechung. Bedenken, die wiederholt dagegen geäußert wurden, rufen einer nähern Betrachtung der Rechtslage. Diese Prüfung führt indessen zu keiner andern Entscheidung.

... Es ist denn auch nicht einzusehen, wieso für den Wegfall des ehelichen Unterhaltes nicht ebenso gut sollte Entschädigung beansprucht werden können wie für den Hinfall des Vermögensgusses und der Erbberechtigung.“

¹⁷⁷ BGE 60 II 394.

¹⁷⁷ BGE 60 II 394.

Es geht jedoch nicht an, daß man diese Herabsetzbarkeit in analoger Weise auf den Unterhaltsanspruch des Art. 151 überträgt. — Auch die Ansicht des Bundesgerichts, daß die Unterhaltspflicht ihrer Natur nach veränderlich sei, vermag nicht zu überzeugen. Dies trifft wohl dort zu, wo es sich um rein familienrechtliche Pflichten handelt, oder eben für den Fall des Art. 152, wo wir es überall mit Billigkeitsleistungen zu tun haben. Die Unterhaltspflicht nach Art. 151 stellt aber in dieser Hinsicht eine Ausnahme dar, indem ihr ganz andere rechtliche Motive zu Grunde liegen als den übrigen Unterhaltsansprüchen.

3. Im weiteren ist noch ein anderer Entscheid des Bundesgerichts bemerkenswert¹⁷⁸. In diesem wurde den Gerichten empfohlen, um die Schwierigkeiten und Unbilligkeiten zu vermeiden, statt zwei Renten gemäß Art. 151 und 152, nur eine solche gemäß Art. 152 festzusetzen, diese aber infolge des konkurrierenden Rechtstitels aus Art. 151 entsprechend zu erhöhen. Damit würde natürlich auch der ganze Anspruch wie eine Bedürftigkeitsrente behandelt, er könnte aufgehoben oder herabgesetzt werden.

Hier sind wir nun ganz entschieden anderer Ansicht. Selbst wenn wir die teilweise Herabsetzbarkeit der Entschädigungsrente wünschten, könnten wir diesen Weg des Bundesgerichts nicht befürworten. Man gewinnt den Eindruck, daß das Bundesgericht die Herabsetzbarkeit irgendwie erzwingen will, da sie anscheinend, was noch zu untersuchen ist, von großem praktischem Nutzen wäre. Bei diesem Bestreben darf man aber nicht dem Willen des Gesetzgebers zuwiderhandeln. Eine Unterstellung der Ansprüche nach Art. 151 unter Art. 152 hätte diese Folge, obwohl diese Lösung des Bundesgerichts auf den ersten Blick als originell erscheint. Denn dies würde bedeuten, daß sämtliche Entschädigungsansprüche, auch jene für verlorene Anwartschaften und für Genugtuung, herabsetzbar wären. Das Bundesgericht selbst hat sich aber in einem andern Entscheid für deren Unabänderlichkeit ausgesprochen. Sie wären sogar in ihrem Bestand in Frage gestellt. Das Bundesgericht erklärt zwar einschränkend, daß diese Lösung nur dann Platz greifen soll, wenn die Entschädigungsansprüche aus Art. 151 nicht ausreichen, um die Bedürftigkeit des Berechtigten zu decken. In Wirklichkeit ist das aber keine Einschränkung, sondern eben die Voraussetzung, unter der eine gemischte Rente entstehen kann. Denn eine solche kann ja überhaupt nur gewährt werden, wenn Bedürftigkeit besteht oder noch besteht, nachdem die Entschädigungsansprüche schon festgesetzt wurden. Angenommen, es ist keine Bedürftigkeit vorhanden, so sind die Ansprüche gemäß Art. 151 nach der in 68 II 4 vertretenen Ansicht des Bundesgerichts unabänderlich (nach der Auffassung in 71 II 7 nur noch teilweise). Besteht aber noch eine Bedürftigkeit, dann wird die zusätzliche Bedürftigkeitsrente meist geringer ausfallen als die schon bestehende Entschädigungsrente. Trotzdem sollen die Entschädigungsansprüche nach der Lösung des Bundesgerichts dem Rechtsgrund und den Rechtswirkungen des Art. 152 unterstellt werden. Kann man das überhaupt rechtlich begründen, und wenn ja, ist es billig? In jenem Fall nämlich, da der Berechtigte nicht bedürftig ist, sind seine Ansprüche, die ihm gemäß Art. 151 zustehen, unabänderlich. In dem Falle aber, da er bedürftig ist, sollen die gleichen Ansprüche veränderlich sein! Also ausgerechnet dann, wenn er wirklich auf seine Rente angewiesen ist, soll es möglich sein, daß die Leistung herabsetzbar ist und sogar aufgehoben werden kann. Eine solche Regelung wäre, auch wenn sie logisch begründet werden könnte, sachlich ganz ungerechtfertigt. Der Vorschlag des Bundesgerichts ist daher unhaltbar. Es hat keinen Zweck, auf der einen Seite eine Unbilligkeit vermeiden zu wollen, wenn dadurch gleichzeitig auf der andern eine harte Lage entsteht. Für den Berechtigten ist es nicht dasselbe, ob seinem Anspruch Art. 151 oder 152 zu Grunde liegt. Dabei ist nicht einmal

¹⁷⁸ BGE 68 II 4. — Vgl. auch ZBJV 79, S. 345.

allein entscheidend, daß der eine herabgesetzt werden kann und der andere nicht. Vielmehr liegt der größte Nachteil für ihn in erbrechtlicher Hinsicht. Ein Anspruch aus Art. 152 geht mit dem Tode des Pflichtigen unter, während derjenige aus Art. 151 passiv vererblich ist, also von den Erben des Pflichtigen weiterhin zu erfüllen ist¹⁷⁹. So könnte der Berechtigte seinen Rentenanspruch verlieren, trotzdem der Anspruch auf eine lebenslängliche Rente sein gutes Recht war und jedenfalls auch ein nötiges, da er ja mittellos ist und ihm auch eine kleine Rente große Dienste leisten kann¹⁸⁰.

Die Lösung des Bundesgerichts ist rechtlich nicht zu begründen, und auch Billigkeitsgründe sprechen dagegen. Unseres Erachtens ist die strikte Innehaltung der gesetzlichen Vorschriften bis jetzt die beste Lösung.

4. Entsprechend dem oben Dargelegten können wir uns den bundesgerichtlichen Lösungen, wie sie in BGE 71 II 7 ff und 68 II 4 vorliegen, nicht anschließen. Weder ist eine Sonderbehandlung der Entschädigung für entgangenen Unterhalt gegenüber andern Entschädigungsansprüchen möglich, noch eine Verbindung sämtlicher Ansprüche unter den Art. 152. — Damit ist das Problem aber noch nicht gelöst. Noch ist keine Antwort erteilt auf jene Frage, wie es sich mit den Unbilligkeiten verhält, welche infolge der Unveränderlichkeit der Entschädigungsrente entstehen können. Muß schließlich doch die Lösung des Bundesgerichts beibehalten werden, obwohl sie unkonsequent ist und in rechtlicher Hinsicht nicht zu überzeugen vermag? Geht das praktische Bedürfnis vor, oder diktiert die im Gesetz enthaltene Unabänderlichkeit die Lage?

3. Die eigene Stellungnahme

Das Bundesgericht bezeichnet also die gesetzliche Regelung der Unterhaltsansprüche plötzlich als unvollständig, nachdem es sie in einem frühern Entscheid sinngemäß interpretiert hat. Der Zweck dieser unkonsequenten Praxisänderung liegt in der Vermeidung jener Härten und Unbilligkeiten, welche durch die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente entstehen können. Wir müssen uns hier aber fragen, ob die Mittel den Zweck zu heiligen vermögen? Wir haben gesehen, daß die Unabänderlichkeit zu Recht besteht. Eine andere Lösung durch die Praxis kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn jene Härten tatsächlich in erheblicher Weise durch die strikte Befolgung der gesetzlichen Vorschriften entstehen und daher zwingend nach einer andern Lösung rufen. Sonst aber wäre nicht einzusehen, weshalb man die bisherige Praxis, welche die Unabänderlichkeit befolgt, verlassen sollte. Es stellt sich für uns somit die Aufgabe, die „Erheblichkeit“ oder „Schwere“ dieser Unbilligkeiten und Härten festzustellen. Irgend eine Unbilligkeit kann hier nicht genügen, um ein Abweichen von der gesetzlich statuierten Unabänderlichkeit zu rechtfertigen. Es genügt auch nicht, wenn nur in einzelnen, besonderen Fällen eine harte Lage entsteht, sondern es müssen durch die Unabänderlichkeit allgemein Regelungen hervorgerufen worden sein, welche sich in der Praxis ganz und gar nicht bewährt haben. Dies wäre dann der Fall, wenn man die besagte „harte Lage“ in weitem Ausmaß antreffen könnte, als Folge der Starrheit der Entschädigungsrente gemäß Art. 151.

¹⁷⁹ Siehe Ausführungen unter 2. Teil, 2. Kapitel, I, 4.

¹⁸⁰ Zu diesem Entscheid nimmt auch das Appellationsgericht von Basel-Stadt in einem Urteil vom 10. Nov. 1942, abgedruckt in SJZ 39, S. 327, kritisch Stellung. Unter anderem führt es an, daß sich gegen eine Zusammenfassung beider Ansprüche schon Bedenken rechtlicher Natur ergeben. Ferner könnte der Berechtigte bei Wegfall der Bedürftigkeit der ganzen Rente verlustig gehen, obwohl er ursprünglich einen festen und unveränderlichen Anspruch gehabt hätte. Dieses Ergebnis wäre unbillig.

Begeben wir uns zur Abklärung der Frage zuerst auf die Seite des Pflichtigen. Diesem allein dient die vom Bundesgericht unternommene Praxisänderung. Es trifft nun tatsächlich zu, daß der Pflichtige infolge der Unabänderlichkeit seiner Leistung in eine schwere Situation geraten kann. Eine Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse ist leicht möglich, wobei dann die Entrichtung einer Rente eine fast untragbare Last bedeuten kann. Man versteht den Wunsch des Bundesgerichts, hier Abhilfe zu schaffen. — Allein, dies ist nur die eine Seite. Dem Pflichtigen wäre durch die Abänderungsmöglichkeit geholfen, aber wie verhält es sich mit dem Berechtigten? Dieser verliert ganz oder teilweise seinen Anspruch, mit dem er vielleicht seinen Lebensunterhalt zur Hauptsache bestritten hat. Ist dies billig? Sicher nicht. Falls es nicht anders geht, als daß eine Partei in eine harte Lage gerät, dann soll nicht der Berechtigte den an der Scheidung Schuldigen entlasten müssen. Dies wäre eine doppelte Unbilligkeit. Das Los des Berechtigten wird in dieser Beziehung in der Praxis übersehen. Vergessen wir auch nicht die Tatsache, daß meistens die Frau der berechtigte Teil ist. Das will nicht heißen, daß die Ehemänner häufiger als die Frauen an der Scheidung schuld sind. Doch falls die Frau die Scheidung verschuldet, so wird der Ehemann oft nichts erhalten, zumindest keine Rente. Wenn ihm überhaupt ein Anspruch zufällt, wird es eine Entschädigung für verlorene Anwartschaften oder für die entgangene Nutzung des Frauenvermögens sein. Das aber setzt voraus, daß die Frau vermögend ist, so daß sie regelmäßig zur Leistung einer Kapitalsumme verurteilt wird. Der schuldlose Ehemann wird dagegen selten eine Unterhaltsrente beanspruchen können, da ja in der Regel er die Familie unterhält und nach der Scheidung durch den Wegfall von Unterhaltspflichten finanziell noch besser gestellt ist. Wir sind denn auch bei der Durchsicht der Judikatur nie einem Fall begegnet, wo der Mann der Rentenberechtigte im Sinne von Art. 151 war. So kann man ruhig behaupten, daß die Herabsetzung oder Aufhebung einer Rente fast immer eine Frau um ihren Anspruch bringt. Zugleich darf man behaupten, daß diese in den meisten Fällen auf die Rente angewiesen ist; den oft ist es für eine Frau nicht leicht, sich nach der Scheidung durchzuschlagen. Sie hat unter Umständen keine Chance mehr, sich wieder zu verheiraten, oder will es nicht. Vielleicht ist ihre Gesundheit angegriffen und ihr Erwerbsleben in Frage gestellt. Sieht man sich im Leben um, so wird man sicherlich viele solcher Schicksale antreffen. Jeder Anwalt wird es bestätigen, falls er die von ihm durchgeführten Scheidungsfälle verfolgt. Immer wieder trifft man Frauen an, die einst in der Ehe in geordneten Verhältnissen lebten und nun noch in höherem Alter durch irgend eine Arbeit ihr Brot verdienen müssen, während sie zugleich ein einsames und verbittertes Dasein führen. Sicher sind mehr solche Unbilligkeiten vorzufinden als jene, wo ein geschiedener Gatte durch die Leistung einer Rente in eine harte Lage gerät. Auch dieser Gedanke mag den Gesetzgeber bewegen haben, die Entschädigungsrente unabänderlich zu belassen, damit der oder besser „die Berechtigte“ hinsichtlich ihres Anspruches sichergestellt ist.

Aus dieser Gegenüberstellung geht nun hervor, daß zwar die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente den Pflichtigen in eine harte Lage bringen kann, daß aber die Abänderlichkeit für den Berechtigten eine Unbilligkeit bedeutet. Unseres Erachtens ist daher die gesetzliche Lösung gerechtfertigt. Einmal spricht schon die rechtliche Begründung für sie, und weiter hat der Gesetzgeber eine eventuell entstehende Härte auf die Seite des an der Scheidung Schuldigen gelenkt. Man muß hier auch notgedrungen auf den Begriff der Schuld abstellen. Doch wo immer das wahre Verschulden an der Eheauflösung liegt, die Frau ist nach der Scheidung in ökonomischer Hinsicht der weitaus schwächere Teil und verdient, geschützt zu werden. Die Abänderlichkeit der Entschädigungsrente würde vielleicht

noch mehr Unbilligkeiten hervorrufen als ihre Unabänderlichkeit. Eine allgemeine teilweise Herabsetzung der Rente gemäß Art. 151 können wir daher nicht bejahen. Durch die gesetzliche Regelung entsteht nicht eine allgemeine Unbilligkeit. Die Härte, welche den Pflichtigen treffen kann, trifft eben nicht jeden Pflichtigen oder die Mehrzahl von ihnen, sondern nur einzelne Fälle. Diese vermögen aber nicht eine allgemeine und grundsätzliche Umgestaltung der gesetzlichen Ordnung zu rechtfertigen, umsoweniger, als sich die Abänderung als ein zweischneidiges Schwert entpuppt hat. Das Recht kann eben nicht alle Unbilligkeiten vermeiden. Um der Rechtssicherheit willen muß eine Schuld bezahlt werden. Auch die Leistung einer Rente gemäß Art. 151 bedeutet die Bezahlung einer Schuld. — Gerade in der heutigen wirtschaftlichen Lage scheint uns übrigens die Beibehaltung der Unabänderlichkeit bei weitem weniger Unbilligkeiten hervorzurufen als die Möglichkeit der Herabsetzung. Jeder Arbeitsfähige — und Arbeitslosigkeit besteht nicht — ist besser und sicherer gestellt als früher. Die Zahl der Abänderungsanträge ist zurückgegangen. Oder man denke auch an jene Fälle, wo die Unabänderlichkeit ausdrücklich in der Scheidungskonvention festgelegt wurde. Auch hier kann der Pflichtige in Schwierigkeiten geraten, ohne daß ihm die Möglichkeit der Rentenherabsetzung offen steht. — Unseres Erachtens ist daher die Einführung der allgemeinen Herabsetzbarkeit aller Unterhaltsansprüche aus praktischen Gründen weder am Platze noch aus rechtlichen Erwägungen gerechtfertigt. Das Interesse an der Einhaltung der gesetzlichen Normen muß vorgehen, da die Schwere und das Ausmaß der durch die Unabänderlichkeit entstehenden Härten eine andere Lösung nicht ausreichend begründen können.

Trotzdem bleibt natürlich der Wunsch bestehen, auch die wenigen Unbilligkeiten zu vermeiden, soweit dies möglich ist. Vor allem daher, weil wir es bei der Scheidung oft mit recht unübersichtlichen Verhältnissen zu tun haben, wobei auch die Feststellung des Verschuldens an der Scheidung nicht immer dem wahren Sachverhalt entspricht. Zudem werden leider die Renten nicht von allen Gerichten und Anwälten in der selben Weise festgesetzt. Dies zeigt sich vorwiegend in Bezug auf den Rektifikationsvorbehalt¹⁸¹. Ein Richter fügt einen Aenderungsvorbehalt an, wenn er es als nötig erachtet, ein anderer unterläßt diese Maßnahme. Indessen wären alle diese Unbilligkeiten vermeidbar, wenn sich die Festsetzung der Ansprüche bei der Scheidung sorgfältiger vollziehen würde. Dies könnte allein schon durch die genaue Befolgung der gesetzlichen Normen geschehen. Damit wäre auch der Rechtssicherheit besser gedient. Die Gerichte und die Anwälte müssen sich aber ihrer Verantwortung bewußt sein, auch wenn es nur um die Festsetzung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen geht.

Wenden wir unsere Aufmerksamkeit nun noch einem besonderen Fall zu. Dieser tritt immer dann ein, wenn wir es mit einer sehr hohen Rente zu tun haben, welche gemäß dem Dispositiv oder der Konvention als Verschuldensrente gewertet werden muß. So mag es wenigstens auf den ersten Blick erscheinen, da die Scheidung infolge Verschuldens des Pflichtigen ausgesprochen wurde. Hohe Renten sind aber immer vorsichtig zu beurteilen. In Wirklichkeit stellen sie meistens gemischte Renten dar, welche zu Unrecht allein unter der Flagge des Art. 151 segeln. Gegen die gemischte Rente ist ja an und für sich nichts einzuwenden, doch sollte angegeben sein, wie viel von der Rente abänderlich ist. Fehlt eine solche Angabe, so nimmt der Richter in vielen Fällen eine unabänderliche Entschädigungsrente an, da ein Verschulden aus den Scheidungsakten gewöhnlich nachweisbar ist. Diese Annahme ist aber oft falsch. In der Praxis werden in der Regel nicht sehr hohe Verschuldensrenten ausgesprochen, die Entschädigung würde ja sonst in Form einer

¹⁸¹ Vgl. IV, Ziff. 2.

Kapitalsumme ausbezahlt werden. So besteht denn bei einer hohen Rente immer die Vermutung, daß sie auch noch einen Bedürftigkeits- oder Billigkeitsanspruch in sich birgt. Auf diese Weise kann eine Rente eben sehr hoch ausfallen, zumal, wenn der Berechtigte in große Bedürftigkeit geraten ist und der Pflichtige über ein großes Einkommen verfügt. Oder vielfach werden in den Konventionen aus Billigkeit oder Großzügigkeit hohe Renten zugesagt. Verschlechtern sich nun in einem solchen Fall die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen, so kann sich diese hohe Rente sehr hart auswirken. Hier besteht wirklich das Bedürfnis nach einer Herabsetzung, umsomehr, als der Berechtigte jedenfalls auch mit einer kleineren Rente auskommen würde. Dieser hohe Anspruch ist nun aber tatsächlich abänderbar, ohne daß die gesetzliche Unabänderlichkeit verletzt werden muß. Denn meistens enthält eine hohe Rente ja einen infolge Billigkeit oder Großzügigkeit gewährten Anspruch, welcher dem Art. 152 und damit der Abänderungswirkung des Art. 153, Abs. 2, unterliegt. — Wir werden weiter unten darlegen, wie der Richter vorgeht, um in einem nicht näher umschriebenen Anspruch eine gemischte Rente zu erkennen. Hier soll nur gezeigt werden, daß der Richter eine solche Auslegung vornehmen darf und daß dadurch eine weitere Kategorie von Unbilligkeiten behoben werden kann¹⁸². Die Fälle, wo nur eine unabänderliche Entschädigungsrente besteht, für welche der Pflichtige nicht mehr auszukommen vermag, reduzieren sich somit auf ein Minimum.

Für diese Fälle ist nun schwerlich eine Lösung zu finden, mittels der die harte Lage des Pflichtigen gemildert werden könnte. Dieser hat einfach sein Möglichstes zu tun, um die Rente aufzubringen. Schließlich ist die Verschuldensrente eine gewöhnliche Geldschuld, und es kann nicht für jeden Schuldner, der sich in einer bedrängten Situation befindet, eine Möglichkeit gefunden werden, um ihn von der Leistung zu befreien. Es könnte sich ja sonst jeder Zahlungsunfähige auf die „Unmöglichkeit der Leistungserbringung“ berufen und sich gestützt auf Art. 119 OR von seinen Verpflichtungen entheben lassen. — Auch die Beibehaltung der bundesgerichtlichen Lösung, wonach eine Entschädigungsrente insofern herabsetzbar ist, als sie einen Ersatz für entgangenen Unterhalt bedeutet (71 II 7), kommt nicht in Frage. Wir haben ihre Ablehnung bereits begründet. Sie würde einem wirklich Leistungsunfähigen auch kaum helfen, da die Rente ja nur insoweit herabsetzbar wäre, als sie einen Unterhaltsanspruch darstellt. Die andern Ansprüche könnten auch gemäß der Ansicht des Bundesgerichts weder herabgesetzt noch aufgehoben werden,

¹⁸² Ein typischer Fall, wo eine solche Auslegung vorgenommen werden kann, ist gerade jener, der das Bundesgericht zur besagten Praxisänderung veranlaßte (71 II 7). Die Rente belief sich dort auf Fr. 500.—. Sie wurde in einer Vereinbarung festgesetzt und nicht näher umschrieben, auch ein Rektifikationsvorbehalt fehlte. Da ein Verschulden des Pflichtigen vorlag, wurde die Rente vom Bundesgericht als Entschädigungsrente angesehen. Diese Leistung mußte den Pflichtigen natürlich schwer bedrängen, nachdem er sein gutes Einkommen verloren hatte. Wir begreifen und teilen den Wunsch des Bundesgerichtes, gerade in diesem Fall die Rente herabzusetzen. Unseres Erachtens hätte dies aber auch geschehen können ohne Praxisänderung, wenn das Bundesgericht die betreffende Rente als eine gemischte Rente ausgelegt hätte, die teilweise dem Art. 152 und teilweise dem Art. 151 untersteht. Denn ein Richter würde kaum eine so hohe Entschädigungsrente festgesetzt haben, zumal auch noch an die Kinder je Fr. 150.— monatlich ausbezahlt wurden, insgesamt also eine Leistung von Fr. 800.— zu entrichten war. So hätte die Rente von Fr. 500.— an die Gattin ruhig zur Hälfte als abänderbarer Billigkeitsanspruch bezeichnet werden dürfen. Das Bundesgericht wäre so auf das gleiche Resultat gekommen. Der Weg wäre aber einfacher gewesen, indem man davon hätte absehen können, alle Unterhaltsansprüche als herabsetzbar zu erklären, was zudem noch eine weitere Erschwerung der Rechtsanwendung bedeutet.

Vgl. ferner Weiss, Nr. 1291, 1292.

mag der Pflichtige noch so leistungsunfähig sein. Diese Lösung wäre daher nur eine halbe Hilfe, für die es sich nicht rechtfertigen würde, die gesetzlichen Normen zu mißachten. Zudem würde die Zahl der Abänderungsverfahren in die Höhe gehen, da es dann öfter als bisher vorkommen würde, daß der Pflichtige unter Angabe aller möglichen Gründe eine Herabsetzung der Rente zu erreichen suchte¹⁸³. Um sämtlichen Unbilligkeiten seitens des Pflichtigen Abhilfe zu schaffen — wobei dieses Bestreben nur gerechtfertigt ist, soweit dadurch nicht auf der Seite des Berechtigten eine Unbilligkeit entsteht —, müßte man viel weiter gehen und diese Renten überhaupt als allgemein herabsetzbar erklären. Indessen darf man einen solchen Schritt nicht wagen. Einmal nicht infolge unserer obigen Darlegungen und ferner, weil dies eine grobe Verletzung des Bundesrechts bedeuten würde. Es dürfte ohnehin schwer fallen, eine bessere Regelung dieser Scheidungsansprüche zu finden. Man wird nicht vermeiden können, daß auf dieser oder jener Seite Unbilligkeiten entstehen.

Hingegen darf der Richter meines Erachtens in außerordentlichen Fällen die Rente gestützt auf Art. 2 ZGB aufheben oder wenigstens suspendieren. Dann nämlich, wenn die Leistung derselben für den Pflichtigen unmöglich ist und für ihn eine ruinöse Last bedeuten würde. Die Vermögensverhältnisse des Schuldners müssen sich aber so sehr verschlechtert haben, daß ihm die fernere Leistung einfach nicht mehr zugemutet werden kann und gegen Treu und Glauben verstieße. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn der Pflichtige in höherem Alter steht und kaum für den eigenen Unterhalt aufzukommen vermag. Ist der Berechtigte bedürftig, dann sollen hier andere Unterstützungsmöglichkeiten herangezogen werden, wobei neuerdings auch die Alters- und Hinterbliebenen-Versicherung einspringen wird. Gerade hier sehen wir auch, daß der Richter die Entschädigungsleistungen zeitlich begrenzen sollte. Sonst werden sie tatsächlich unbillig, indem der Pflichtige mit den Jahren das Mehrfache der Kapitalsumme entrichtet, welche er bei der Scheidung hätte bezahlen müssen, wären ihm die nötigen Mittel zur Verfügung gestanden. Daher darf der Richter ruhig nachgiebiger sein, wenn der Pflichtige nicht mehr so leistungsfähig ist und schon lange Zeit seiner Pflicht nachgekommen ist. Bevor der Richter aber eine solche Maßnahme ergreift, soll er versuchen, die Parteien zur Eingehung eines Vergleiches zu bewegen. Oft wird der Berechtigte Verständnis aufweisen für die harte Lage seines ehemaligen Gatten und zu einer andern Regelung der Ansprüche bereit sein.

¹⁸³ Dies veranschaulicht z. B. ein Entscheid des zürch. Obergerichtes vom 5. Juni 1946. Gemäß diesem wurde die Scheidung am 2. Dez. 1943 vom Bezirksgericht Bülach ausgesprochen, welches dem Pflichtigen eine Rente im Sinne von Art. 151 im Betrage von Fr. 90.— auferlegte. Am 14. Jan. 1946 stellte der Kläger das Begehren um Aufhebung der Rente. Das Bezirksgericht Bülach setzte die „Entschädigungs- und Genugtuungsrente“ auf Fr. 50.— herab. Die Beklagte erhob Rekurs. — Das Obergericht betrachtete die Rente zur Hälfte als unabänderliche Genugtuungsrente, die zweite Hälfte als herabsetzbaren Unterhaltsanspruch, entsprechend dem bundesgerichtlichen Entscheid, nach welchem auch die Entschädigung für entgangenen Unterhalt veränderlich ist. Es kam schließlich eine Vereinbarung zustande, in welcher die herabsetzbare Entschädigungsrente von Fr. 45.— auf Fr. 30.— herabgesetzt wurde. Es verblieb der Rekurrentin also eine Rente von Fr. 75.—. Das Urteil schließt mit den Worten, daß die Vereinbarung den Verhältnissen gerecht werde, da die Beklagte mittellos sei und der Kläger genug verdiene. Meines Erachtens hätte diese Herabsetzung nicht stattfinden dürfen. Nach unsern Darlegungen ist diese Rente von Fr. 90.— unabänderlich. Ohne die Praxisänderung des BG wäre hier eine Herabsetzung nicht zustande gekommen. Die Reduktion von Fr. 15.— erscheint lächerlich und unbillig zugleich, da die Beklagte ja mittellos ist.

III. Die Auslegung des unklaren Urteilsdispositivs und der nicht genehmigten Vereinbarung

Nachdem wir uns nun vergewissert haben, daß die Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente zu Recht besteht, obliegt uns noch die Abklärung der zweiten Frage. Diese hat das unklare Urteilsdispositiv zum Gegenstand, welches der Richter auszulegen hat, damit er weiß, was für eine Rente er vor sich hat und ob und wie weit dieselbe herabgesetzt werden kann.

Der Richter hat hier ähnlich vorzugehen wie bei der Auslegung eines unklaren Rechtsatzes. Auch dort gibt ihm der vorhandene Wortlaut nicht genügenden Aufschluß, und er hat den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln. Allerdings haben wir es in unserm Fall nicht mit dem Willen des Gesetzgebers zu tun, sondern mit demjenigen des Scheidungsrichters und der Scheidungsparteien. Dies bedingt auch eine andere Art der Auslegung. Bei einem Gesetz, das die rechtsanwendende Behörde auslegen muß, geht es vor allem darum, den sachlich richtigen Sinn der Norm zu erforschen. Denn wenn der Wortlaut ungenügend ist, soll nicht das gelten, was jene Personen, welche das Gesetz erließen, etwa gemeint haben könnten, sondern das, was ein vernünftiger Gesetzgeber statuieren würde. Die Auslegung besteht hier zum guten Teil in einem wertenden Urteil, sie ist eine Forderung der Vernunft¹⁸⁴.

Die Auslegung eines Scheidungsurteils verlangt nun aber nicht eine dem sachlichen Bedürfnis angepaßte Erklärung, welche vernünftig sein soll; denn es gilt nicht, wie das Gesetz für die Allgemeinheit, sondern nur für die beiden Prozeßparteien. Es soll ja ermittelt werden, ob das Urteil überhaupt abgeändert werden kann. Damit liegt die Aufgabe hier in der Erforschung der bei der Scheidung bestehenden Verhältnisse, der Wille des Richters und der Parteien sind in erster Linie maßgebend. Es kommt hier daher nicht darauf an, wie ein vernünftiger Dritter den Wortlaut auslegen würde, sondern man stellt darauf ab, wie ihn die Parteien verstehen mußten. Und das hängt davon ab, wie der Richter ihn tatsächlich verstanden hat, sofern er den Parteien Kenntnis davon gegeben hat, was normalerweise zutrifft. Damit nähert sich die Auslegung des Urteils der sog. historischen Auslegung, bei welcher eben die Meinungen derjenigen Personen entscheiden, welche den Wortlaut des betreffenden Rechtsakts verfaßt haben.

In unserm Fall hat der Richter aber meistens beide Methoden — die vernünftige und die historische Auslegung — anzuwenden. Zuerst wird er versuchen, mit der historischen Auslegung sein Ziel zu erreichen. Dies gelingt in der Regel nicht völlig; denn oft wird bei der Festlegung der Vereinbarung der Rente kein bestimmter Rechtscharakter zu Grunde gelegt, sondern es findet nur eine ziffernmäßige Festsetzung des Anspruchs statt. Dann hat der Richter die vernünftige Auslegung zu Hilfe zu nehmen. Er legt die Rente so aus, wie er sie in den ihm bekannten Scheidungsverhältnissen angesetzt hätte. Auf diese Weise setzt sein eigenes, wertendes Urteil immer dann ein, wenn die historischen Ermittlungen keine befriedigende Lösung ergeben.

Zur nähern Erforschung des Charakters der Rente dienen dem Richter vor allem die Scheidungsakten. Aus diesen kann er meistens die Rechtsnatur des streitigen Anspruchs ableiten, indem wohl aus der großen Mehrzahl aller Scheidungsakten das Verschulden an

¹⁸⁴ Vgl. Burckhardt, Methode und System, S. 276 ff.
Burckhardt, Lücken des Gesetzes, S. 64.

der Eheauflösung ersichtlich ist¹⁸⁵. Die bloße Feststellung eines einseitigen Verschuldens genügt aber nicht. Dieses zeigt dem Richter lediglich an, daß auf alle Fälle eine Rente im Sinne von Art. 151 vorhanden ist. Damit steht aber noch nicht fest, ob dem ganzen Anspruch des Berechtigten Entschädigungscharakter zukommt oder ob er auch noch einen Zusatz gemäß Art. 152 enthält und damit eine gemischte Rente darstellt. Deshalb muß der Richter auch noch die Schwere des Verschuldens aus den Akten ermitteln und ein eventuelles Mitverschulden des Berechtigten. Dies wird aus den Akten nicht immer zu ersehen sein. Daher versucht er sich durch Befragung der Parteien und unter Umständen sogar des Scheidungsrichters ein möglichst genaues Bild von der damaligen Situation zu verschaffen. Man kann einwenden, daß hier der Grundsatz gelten muß: „quod non est in actis, non est in mundo“. Es geht hier aber um die Untersuchung, ob überhaupt die Grundlage des Prozesses vorhanden ist, d. h. ob die Rente abgeändert werden kann oder nicht. Daß dies nicht immer zum vornherein sicher erkennbar ist, läßt sich zum guten Teil auf die mangelhafte Anordnung der Nebenfolgen durch die Gerichte zurückführen. Schon aus diesem Grunde sind die Abänderungsrichter verpflichtet, sich bei der Erforschung der Rechtsnatur der streitigen Rente nicht nur auf das zu beschränken, was in den Akten steht. —

Wichtig ist für den Richter vor allem die Kenntnis der Vermögensverhältnisse beider Parteien zur Zeit der Scheidung. Namentlich muß ihm auch bekannt sein, ob der Bedürftige durch die Eheauflösung in Bedürftigkeit geriet oder nicht. — Die weitere Ermittlung ist nun eine Ermessensfrage. Jetzt kann der Richter mit der historischen Auslegung nicht mehr viel gewinnen. Vielmehr versetzt er sich nun in die Lage des Scheidungsrichters. Er kennt das Verschulden, eventuell sogar die Schwere desselben, sowie die damaligen Vermögensverhältnisse. Der Richter betrachtet nun die Rente im Lichte dieser Tatsachen. So wird er ersehen, ob der Anspruch nur auf Art. 151 beruht und damit unabänderlich ist oder ob die Höhe der Rente der Schwere des Verschuldens und den Vermögensverhältnissen der Parteien nicht entspricht. Im letzteren Falle enthält sie noch einen herabsetzbaren Bedürftigkeits- oder Billigkeitsanteil. Die Größe dieses zusätzlichen und abänderbaren Teils ergibt sich aus der Differenz zwischen der festgesetzten ganzen Rente und dem reinen Entschädigungsteil. Die Höhe des Entschädigungsteils wiederum bestimmt sich danach, wie der Abänderungsrichter die Entschädigungsrente festgesetzt hätte.

Findet der Richter in den Scheidungsakten überhaupt kein Verschulden eines Gatten vor oder wurde die Ehe infolge beidseitigen Verschuldens aufgelöst, so kann der fraglichen Rente auch kein Entschädigungscharakter im Sinne des Art. 151 zukommen. Sie ist dann ein Bedürftigkeitsanspruch oder eine Billigkeitsleistung und unterliegt gänzlich Art. 153, Abs. 2.

IV. Vorkehren gegen diese Schwierigkeiten

Sämtliche Schwierigkeiten, welche wir oben erörtert haben und welche die Rechtsprechung erschweren, lassen sich vermeiden. Und das allein durch eine genaue Anwendung der gesetzlichen Normen und der aus der Praxis gewonnenen Erfahrungen. Man kann sich fragen, weshalb bei der Festsetzung dieser Ansprüche eine derartige Sorglosigkeit entstehen konnte. Der Grund hiefür liegt wohl zur Hauptsache in der weitreichenden Parteivillkür, welche für die Festsetzung der Renten maßgebend ist. Diese ist an sich ja ge-

¹⁸⁵ Aus dem Fehlen einer Wartefrist kann nicht der Schluß gezogen werden, daß kein Verschulden vorliege und demzufolge der Rente die Art. 152 und 153 zu Grunde liegen. Eigentlich sollte man dies tun können, doch die Praxis verfährt hier seltsamerweise sehr nachlässig, indem sie oft von der Auferlegung einer Wartefrist absieht, auch wenn sie am Platze wäre.

rechtfertigt und bedeutet eine wertvolle Unterstützung für den Richter. Es ist aber nicht vermeidbar, daß in den Konventionen nicht immer eine mustergültige Regelung getroffen wird, vor allem, wenn keine Anwälte mithelfen. Sind aber solche beigezogen, so sollten diese für eine einwandfreie Regelung besorgt sein. Auch der Richter soll es sich zur Pflicht machen, bei der Genehmigung der Vereinbarung den rechtlichen Charakter der Rente zu umschreiben und die Höhe der Ansprüche aus Art. 151 und 152 anzugeben.

Dort, wo die Abänderlichkeit erwünscht ist, sind genügend Mittel gegeben, um die Härte des Gesetzes auf legalem Wege zu umgehen, ohne ein System aufbauen zu müssen, das die Festsetzung und Abänderung der Rentenansprüche nur noch mehr erschwert. Wir denken an die Möglichkeit der Parteiverständigung und an die Anbringung eines Rektifikationsvorbehaltes. Wenn diese Mittel nicht angewendet und die gesetzlichen Normen nicht sorgfältig beobachtet werden, kann dadurch nicht ein Grund entstehen zu einer Umgestaltung des Gesetzes oder zu einer neuen Auslegung desselben. In erster Linie ist eben der Wortlaut des Gesetzes maßgebend. Nachdem wir auch noch dargelegt haben, daß sich die Unbilligkeiten auf ein Minimum reduzieren, wäre eine Praxisänderung in Form einer allgemeinen Herabsetzbarkeit der Entschädigungsansprüche schon gar nicht mehr am Platze.

1. Die Festsetzung der Ansprüche gemäß Art. 151 und 152 ZGB

Da eine gewissenhafte Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen die Schwierigkeiten einer spätern Abänderung zu vermeiden vermag, ist noch kurz zu zeigen, wie diese vor sich zu gehen hat. Wichtig ist dabei vor allem die klare Unterscheidung der Rechtsgründe der verschiedenen Renten.

1. Die Bedürftigkeit ist ein sekundäres Moment. Sie wird bei der Beurteilung und Festlegung der Ansprüche vorerst überhaupt nicht berücksichtigt. (Wir setzen hier natürlich ein Verschulden voraus. Sonst würde ja nur eine Rente gemäß Art. 152 in Frage kommen.)
2. Unabhängig von der Bedürftigkeit werden die Ansprüche gemäß Art. 151 geregelt¹⁸⁶.
3. Erst jetzt wird Art. 152 noch berücksichtigt, entsprechend dessen Funktion als Ergänzung zu Art. 151. Der Richter untersucht nun, ob überhaupt eine durch die Scheidung entstandene Bedürftigkeit auf der Seite des Berechtigten vorhanden ist und ob diese durch die bereits festgesetzten Ansprüche nach Art. 151 schon gedeckt ist.
4. Ist die durch die Eheauflösung entstandene Notlage durch die Entschädigungsleistungen schon behoben, so werden die Ansprüche als Entschädigungsrente gemäß Art. 151 im Dispositiv aufgenommen.
5. Ist die Bedürftigkeit noch nicht gedeckt, so hat der Berechtigte noch Anspruch auf eine Rente im Sinne von Art. 152. Diese wird entsprechend der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen und der Größe der Bedürftigkeit angesetzt. — Es steht dem Richter nun frei, die beiden Ansprüche getrennt ins Urteilsdispositiv aufzunehmen oder in Form einer sog. gemischten Rente, bei welcher dann lediglich der herabsetzbare Teil angegeben sein muß.
6. Unter Umständen — in den meisten Fällen ist es zu empfehlen — soll der Richter noch einen Abänderungsvorbehalt anbringen.

¹⁸⁶ Siehe Ausführungen unter 1. Abschnitt, 3. Kapitel, III, IV.

2. Der Rektifikationsvorbehalt im besonderen

Wiederholt sind wir im Verlaufe dieser Arbeit dem sog. Rektifikationsvorbehalt begegnet. Er ist denn auch in der Tat eine unentbehrliche Hilfe für den Richter und die Parteien. Die gesetzlichen Normen, welche die Nebenfolgen der Ehescheidung regeln, sind ohne ihn gar nicht zu denken. — Der Berichtigungsvorbehalt gestattet, eine vom Gesetz abweichende Ordnung zu treffen und die Ansprüche auf eine Weise zu regeln, wie es den Verhältnissen und dem Willen der Gatten am besten entspricht. Schon beim Abschluß der Scheidungskonvention fügen die Parteien oft diese Klausel an, damit später eintretenden Ereignissen Rechnung getragen werden kann. Es ist aber m. E. nicht nötig, daß eine Konvention abgeschlossen werden muß, um einen Abänderungsvorbehalt anzubringen. Der Richter kann dies auch dann tun, wenn er die Ansprüche allein festzusetzen hat. Schließlich hat er ja für eine gute und gerechte Ordnung der Rentenleistungen zu sorgen. Er kann auch verlangen, daß einer Konvention ein Rektifikationsvorbehalt angefügt wird, wenn er dies für sachlich geboten hält, und, wenn die Parteien diesem Verlangen nicht entsprechen, die Konvention zurückweisen.

Der Berichtigungsvorbehalt wird vor allem zur Wegbedingung der Unabänderlichkeit der Entschädigungsrente benützt. Die Schwierigkeiten des Abänderungsverfahrens können in diesem Falle nicht entstehen. Es ist dann schlechthin der ganze Anspruch veränderlich im Sinne von Art. 153, Abs. 2. Das Bundesgericht hat diese Lösung denn auch empfohlen¹⁸⁷. Es sagt, daß der Richter in seinem Urteil einen Berichtigungsvorbehalt anbringen und dem Leistungspflichtigen die Möglichkeit vorbehalten soll, eine Abänderung des Urteils zu verlangen, wenn ihm die fernere Leistung zufolge gänzlich veränderter Verhältnisse ohne Beschränkung seines eigenen und seiner Angehörigen Lebensunterhaltes nicht mehr möglich sein sollte.

Wir schließen uns der Ansicht des Bundesgerichts an, erheben aber insofern einen Einwand, als nicht in jedem Urteil blindlings ein Rektifikationsvorbehalt angebracht werden soll. Wir haben es ja oben bereits abgelehnt, daß für die Herabsetzbarkeit der Entschädigungsansprüche ein allgemeines Bedürfnis besteht. Der Abänderungsvorbehalt, welcher die ganze oder auch nur teilweise Herabsetzbarkeit der Entschädigungsrente vorsieht, ist nicht in allen Fällen gerechtfertigt. Es trifft ja zu, daß gewisse Unbilligkeiten des Abänderungsverfahrens vermieden werden, wenn man bei veränderten Umständen die Leistung des Pflichtigen herabsetzen oder aufheben kann. Man darf aber nicht vergessen, daß der Herabsetzungsvorbehalt umgekehrt für den Berechtigten einen Nachteil bedeutet. Deshalb muß man dort mit der Anbringung der Abänderungsklausel vorsichtig sein, wo der Berechtigte auf die Rente angewiesen ist. In diesem Fall sollte man die Rechte des Rentennehmers nicht noch mehr schmälern, da sonst auf seiner Seite eine unbillige Lage entstehen kann. Unbedenklich darf der Abänderungsvorbehalt dann angebracht werden, wenn der Berechtigte in guten Verhältnissen lebt. Hier ist es billig, den Pflichtigen von seiner Leistung zu befreien, wenn er sie kaum mehr aufbringt und der Berechtigte nicht auf sie angewiesen ist. Der Abänderungsvorbehalt kann auch dahin lauten, daß die Leistung nur herabsetzbar sein soll, wenn sich die Lage des Pflichtigen verschlechtert, und nicht, wenn die Bedürftigkeit wegfällt.

Ein Rektifikationsvorbehalt kann aber auch zu Gunsten des Berechtigten im Urteil oder in der Konvention aufgenommen werden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn bei einer Herabsetzung der Rente die Möglichkeit der spätern Wiedererhöhung offen

¹⁸⁷ BGE 60 II 394. — Weiss, Nr. 1273.

gelassen wird. Oder die Parteien vereinbaren schon in der Scheidungskonvention eine spätere Erhöhung des Anspruchs, unter der Bedingung, daß gewisse Ereignisse eintreten.

Auf diese Weise kann den verschiedenen Wünschen der Ehegatten weitgehend entgegengekommen werden. Kraft des Berichtigungsvorbehaltes ist eine Anpassung an zukünftige Aenderungen der Verhältnisse möglich. Der Richter soll ihn immer dann der parteilichen oder seiner eigenen Regelung der Ansprüche beifügen, wenn dies nach seiner Meinung erforderlich und von Vorteil ist.

Literaturverzeichnis

- Baur, Hans: Die Durchbrechung der Verhandlungsmaxime im Ehescheidungsprozeß. Diss. Basel 1947.
- Brandenberger, Ernst: Die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung. Diss. Zürich 1933.
- Brumann, Max: Die Rechtskraft nach schweiz. Zivilprozeßrecht. Diss. Zürich 1928.
- Burckhardt, Walter: Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich 1939.
- Burckhardt, Walter: Methode und System des Rechts. Zürich 1936.
- Burckhardt, Walter: Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung. Bern 1925. — In ZSRnF, Bd. 5—9, 8. Heft.
- Cathomen, Joseph: Familienschutz im schweiz. StGB. Diss. Freiburg 1943.
- Dannegger, Karl: Die Interpretation von Art. 157 ZGB. In ZBJV 54, S. 297.
- Egger, A.: Kommentar zum ZGB (Familienrecht). Zürich 1936.
- Etter, Ernst: Die vorsorglichen Maßregeln im Ehescheidungs- u. Ehetrennungsprozeß nach Art. 145 ZGB. Diss. Zürich 1933.
- Fritzsche, Hans: Zwei Jahre ZGB. Zürich 1915.
- Fritzsche, Hans: Richteramt und Persönlichkeit. Wahrheit und Lüge im Zivilprozeß. Zwei akademische Antrittsreden. Zürich 1921.
- Gigon, Marguerite: Die Zuteilung der Kinder aus geschiedenen und getrennten Ehen. Diss. Basel 1939.
- Gisi, Max: Verhandlungs- und Officialmaxime im Eheprozeßrecht. In ZSRnF 32, S. 419 ff.
- Gmür, M.: Kommentar zum ZGB (Familienrecht), 2. Aufl. Bern 1923.
- Grendelmeyer, Pius: Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung nach schweiz. Recht. Diss. Leipzig 1932.
- Guhl, Theo: Das schweiz. Obligationenrecht. Zürich 1944, 3. Auflage.
- Guldener, Max: Das schweiz. Zivilprozeßrecht. Zürich 1947.
- Hartmann, Emilie: Die Scheidungskonvention nach schweiz. Privatrecht. Diss. Bern 1943.
- Hochuli, Willi: Die Begründung der Klage. Diss. Zürich 1942.
- Homberger, A.: Das schweiz. ZGB. Zürich 1943, 2. Auflage.
- Matti, Hans: Zivilprozeßrecht. In „Die Handelshochschule“, Bd. 4.
- Meyer, André Gustav: Die Vernachlässigung von Unterhalts- und Unterstützungspflichten, StGB 217. Diss. Zürich 1944.
- Meyer, Hermine Herta: Das Eherecht unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Diss. Zürich 1937.
- Michel, Dora: Die Abänderung des Ehescheidungsurteils nach Art. 157 ZGB. Diss. Zürich 1937.
- Pruppacher, Fritz: Ueber die Officialmaxime im zürch. Eheprozeß, insbesondere im Ehescheidungsprozeß. Diss. Zürich 1922.
- Renggli, Markus: Die Verletzung der Unterhaltspflicht. Diss. Bern 1943.
- Schlageter, M.: Die Vertragsänderung durch den Richter auf Grund von veränderten Umständen. Diss. Basel 1945.
- Schurter und Fritzsche: Das Zivilprozeßrecht des Bundes. Zürich 1924.
- Schwander, Vital: Die Entschädigung wegen Eheauflösung nach Art. 151, Abs. 1, ZGB. Diss. Freiburg 1937.
- Seeger, H.: Die Rechtssprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweiz. ZGB. In ZSRnF 48, S. 105 a ff.

- Springer, Albrecht: Folgen der Ungültigkeitserklärung einer Ehe. Diss. Freiburg 1936.
- Stauffer, W.: Prozessuales und International-privatrechtliches zu Art. 157 ZGB. In SJZ 20, S. 371 ff.
- Stein: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. XI. Aufl. 1913.
- Strebel, Jakob: Das Scheidungsverfahren. In „Ehescheidung und Scheidungsverfahren“. Ferienkurs der staatswissenschaftl. Fakultät der Universität Zürich, 1945. (Zit. Ferienkurs).
- Strebel, Jakob: Geschiedene Ehen. Erfahrungen und Gedanken eines Richters. Luzern 1943.
- v. Tuhr, Andreas: Allgemeiner Teil des Schweiz. OR. 2. Aufl. Hrsg. von Alfred Siegwart, Zürich 1942.
- Tuor, Peter: Das Schweiz. ZGB. Zürich 1940.
- Weiss, G.: Sammlung eidg. und kant. Entscheidungen zum ZGB und OR. Zürich 1942. (Zit. Weiss).
- v. Wyss, Karl: Zum Verfahren betreffend die Abänderung von Scheidungs- und Vaterschaftsurteilen. In SJZ 14, S. 68.

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts.

Zit. BGE.

Blätter für zürch. Rechtssprechung. — Zit. B1ZR.

Schweizerische Juristenzeitung. — Zit. SJZ.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. — Zit. ZBJV.

Zeitschrift für schweizerisches Recht. — Zit. ZSRnF.

